法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-04

法政大學講義録

加藤，正治 / 松岡，義正 / 美濃部，達吉 / 掛下，重次郎 / 若槻，禮次郎 / 矢部，廉

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
3-26
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
54
(発行年 / Year)
1904-06-28

（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可
毎月十同一日三日五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行）

三十七年度

明治三十七年六月廿八日發行

第三學年ノ二十六

法政大學講義錄

第八拾參號

法政大學發行

法政大學

090
1904
3-1-26

第三學年第二十六號目次

民法親族（自四一七至四三二）　法律學士　掛下重次郎
民法相續（自三五一至三五八）　法學士　若槻禮次郎
商法手形（自一七七至一九二）　法學士　矢部廉
商法海商（自三三至五二）　法學博士　加藤正治
行政法總論（自一六五至一七六）　法學博士　美濃部達吉
破産法（自一九三至二一六）　法學士　松岡義正
雜報　○抵當權ノ目的ノ競賣ト優先權○詐害行爲ニ基ク强制執行ニ對スル第三者ノ異議

ハ後見ニ之ヲ準用ス（舊民法人事編第二〇二條乃至第二〇四條）

法律ハ後見終了ノ場合ニ委任終了ノ場合ニ關スル第六百五十四條及ヒ第六百五十五條ノ規定ハ法律上ノ代理人タル後見人ニ當然適用セラルヘキモノニ非サレトモ其性質上同一規定ニ依ルヘキモノナルヲ以テ委任ニ關スルモノヲ茲ニ準用スルコトト爲シタリ故ニ(一)委任終了ノ場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ受任者其相續人又ハ法定代理人ハ委任者其相續人又ハ法定代理人カ委任事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要スルカ如ク後見人其相續人又ハ法定代理人ハ被後見人其相續人又ハ法定代理人カ自ラ其事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要ス而シテ此場合ニ於ケル後見人其相續人法定代理人ノ權限ハ極メテ狹隘ナルモノニシテ後見人トシテ其任務ヲ行フニ非サルカ故ニ後見ニ關スル規定ヲ適用スヘカラサルヲ原則トスルナリ(二)委任終了ノ場合ニ於テ其終了ノ事由カ其委任者ニ出テタルト受任者ニ出テタルトヲ問ハス之ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ之ヲ知リタルトキニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得サルカ如ク

第三學年第二十六號目次

民法親族（自四一七至四三二）　法律學士　掛下重次郎

民法相續（自三五一至三五八）　法學士　若槻禮次郎

商法手形（自一七七至一九二）　法學士　矢部廉

商法海商（自三二至五二）　法學博士　加藤正治

行政法總論（自一六五至一七六）　法學博士　美濃部達吉

破産法（自二九三至三一六）　法學士　松岡義正

雜報

○抵當權ノ目的ノ競賣ト優先權○詐害行爲ニ基ク强制執行ニ對スル第三者ノ異議

090
1904
3-1-26

ハ後見ニ之ヲ準用ス（舊民法人事編第二〇二條乃至第二〇四條）

法律ハ後見終了ノ場合ニ委任終了ノ場合ニ關スル第六百五十四條及ヒ第六百五十五條ノ規定ハ法律上ノ代理人タル後見人ニ當然適用セラルヘキモノニ非サレトモ其性質上同一規定ニ依ルヘキモノナルヲ以テ委任ニ關スルモノヲ茲ニ準用スルコトト爲シタリ故ニ(一)委任終了ノ場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ受任者其相續人又ハ法定代理人ハ委任者其相續人又ハ法定代理人カ委任事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要スルカ如ク後見人其相續人又ハ法定代理人ハ被後見人其相續人又ハ法定代理人カ自ラ其事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要ス而シテ此場合ニ於ケル後見人其相續人法定代理人ノ權限ハ極メテ狹隘ナルモノニシテ後見人トシテ其任務ヲ行フニ非サルカ故ニ後見ニ關スル規定ヲ適用スヘカラサルヲ原則トスルナリ(二)委任終了ノ場合ニ於テ其終了ノ事由カ其委任者ニ出テタルト受任者ニ出テタルトヲ問ハス之ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ之ヲ知リタルトキニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得サルカ如タ

後見終了ノ場合ニ於テモ其終了ノ事由カ後見人ニ出テタルト被後見人ニ出テタルトヲ問ハス之ヲ他ノ一方ニ通知シ又ハ他ノ一方カ之ヲ知リタルニ非サレハ之ヲ以テ他ノ一方ニ對抗スルコトヲ得ス例ヘハ後見終了ノ事由カ被後見人ノ方ニ生シタリトセンカ此場合ニ於テ後見人カ之ヲ知ルカ又ハ本人相續人又ハ其法定代理人ヨリ後見人ニ其通知ヲ爲スニ非サレハ後見人カ其資格アリトシテ爲シタル行爲ニ付キ其越權ヲ咎ムルコトヲ得サルナリ後見終了ノ事由カ後見人ノ方ニ生シタル場合モ亦同シク被後見人相續人又ハ法定代理人カ之ヲ知レルカ又ハ後見人若クハ其相續人ヨリ其通知ヲ爲スニ非サレハ後見ノ終了ヲ理由トシテ後見人ノ盡スヘキ義務ヲ盡サヽリシニ因リテ生スヘキ責任ヲ辭スルコトヲ得サルナリ

本條ノ規定モ亦ニ第九百三十七條ニ付キ說キタルカ如ク後見ノ任務ハ後見人ノ一身ニ止マリテ其相續人ニ移轉セサルヲ原則トスレトモ被後見人ノ利益保護ノ爲メ必要上此例外ヲ設ケタルナリ

後見ニ關スル債權ノ時效（第九四二條）　第八百九十四條ニ定メタル時效ハ後見人後見監督人又ハ親族會員ト被後見人トノ間ニ於テ後見ニ關シテ生シタル債權ニ之ヲ準用ス

前項ノ時效ハ第九百三十九條ノ規定ニ依リテ法律行爲ヲ取消シタル場合ニ於テハ其取消ノ時ヨリ之ヲ起算ス（舊民法人事編第二一一條）

後見人後見監督人又ハ親族會員ト被後見人トノ間ニ於テ後見ニ關シテ生シタル債權ハ親權ヲ行ヒタル父又ハ母ト其子トノ間ニ財產管理ニ付キ生シタル債權ト其性質同一ナルヲ以テ其時效ニ付テモ之ト同一ノ規定ニ從ハシムルコトヽ爲シ第八百九十四條ニ規定シタル時效ヲ茲ニ準用スルコトヽ爲シタリ即チ被後見人カ能力者ト爲リタル時若クハ後任ノ法定代理人カ就職シタル時ヨリ時效ニ罹ルナリ而シテ本條ニハ廣ク後見ニ關シテ生シタル債權トアルカ故ニ後見人ニ對シテ計算ヲ請求スル權ハ勿論管理ノ計算ノ結果後見人ヨリ被後見人ニ返還スヘキ金額其他後見人カ其職務ヲ怠リタルニ因リテ被後見人ニ對シテ生シタル損害賠償又ハ被後見人ヨリ後見人ニ支拂フヘキ生活費教育費管理ノ費用等被後見人ヨリ後見人ニ對スル債權タルト後見人ヨリ被後見人ニ對ス

ルモノトヲ問ハス後見ニ關シテ生シタル債權ハ皆此中ニ包含スルモノトス又後見監督人又ハ親族會カ被後見人トノ間ニ於ケル債權モ亦同シキナリ後見終了ノ後管理ノ計算ヲ終ラサル以前ニ於テ被後見人ト後見人ト爲シタル契約又ハ被後見人カ後見人ニ對シテ爲シタル單獨行爲ヲ第九百三十九條ノ規定ニ依リ取消シタルニ因リテ債權ヲ生シタルトキハ其債權ノ時效ハ第一項ノ規定ニ從フコト能ハサルヲ以テ特ニ第二項ヲ設ケ其取消ノ時ヨリ之ヲ起算スルコトトシタリ

保佐ニ關シテ生シタル債權ノ時效(第九四三條)前條第一項ノ規定ハ保佐人又ハ親族會員ト準禁治產者トノ間ニ之ヲ準用ス

保佐人又ハ親族會員ト準禁治產者トノ間ノ保佐ニ於ケル關係ハ恰モ後見人又ハ親族會員ト被後見人トノ間ノ後見ニ於ケル關係ニ同シキカ故ニ其關係ニ依リテ生シタル債權ノ時效ノ規定ヲ茲ニ準用スルコトト爲シタリ

第七章　親族會

親族會トハ之ニ依リテ保護セラルル者ノ親族其他之ト緣故アル者ヲ以テ組織スル機關ニシテ其者又ハ其家ニ重大ナル關係アル事項ヲ議決スルモノナリ而シテ從來ニ於テハ被後見人ノ不動產ヲ讓渡スコトニ付キ親族ノ連署ヲ要スヘキコトヲ明治十六年內務省番外達(此達ハ一般人民ヲシテ遵守セシムヘキ效力ヲ有セス)ヲ以テ定メテヨリ以來後見人ノ不動產ヲ讓渡ストキハ親族ノ連署ヲ要スルコトノ慣習ヲ生シ若シ之ナキモノハ其讓渡ハ取消スコトヲ得ヘキモノトセリ又父又ハ母カ選定シタルニ非スシテ被後見人ノ爲メニ後見人ヲ選任スヘキ場合ニハ親族相集リテ之ヲ選任スヘキ慣習モアリタレトモ是レ皆一ノ慣習タルニ過キスシテ從來ハ法律上親族會ト認メラレタルモノ絕ヘテ之ナカリシモノニシテ民法ノ此規定ハ我邦ニ於テ法律ヲ以テ親族會ヲ認メタルノ嚆矢トスルナリ

本章ノ規定ハ法律若クハ命令ノ規定ニ依リ開クヘキ一切ノ場合ニ適用セラルルモノトス故ニ本法ニハ之ヲ一章ト爲シタレトモ舊民法(人事編第一七一條乃至第一七七條)其他外國ノ立法例ニハ之ヲ後見ノ機關トシテ規定スルモノ多シ

ト雖モ獨リ後見ノ場合ニ限ラス其他ノ場合ニ於テモ同一ノ規定ニ從フヘキモノナルカ故ニ本法ニハ右ノ如ク一章ト爲シタルナリ

親族會ノ招集(第九四四條)本法其他ノ法令ノ規定ニ依リ親族會ヲ開クヘキ場合ニ於テハ會議ヲ要スル事件ノ本人、戸主、親族後見人、後見監督人、保佐人、檢事又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ招集ス(舊民法人事編第一七二條第一七三條、第一七六條、第一七七條非訟事件手續法第九六條乃至第九八條)

親族會ノ招集ニ付テハ外國ニ於テモ裁判所之ヲ招集スルモノ多キカ故ニ本法ニ於テモ亦其例ニ倣ヒ親族會ハ無能力者ノ爲メニスルモノト其他ノ者ノ爲メニスルモノトヲ問ハス之ヲ招集スルニ當リテハ必ス裁判所之ヲ招集スヘキモノトセリ唯無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ハ最初一回ヲ限リ裁判所之ヲ招集シ其以後ニ於テハ會議ヲ要スル毎ニ會員其他ノ者ヨリ之ヲ招集スルモノトセリ無能力者ニ非サル者ノ爲メニ親族會ヲ開クヘキ場合ハ成年ノ子(第七百七十二條ニ規定セル成年者ニ限ル)カ婚姻ヲ爲サントスルニ當リ繼父母又ハ嫡母カ同意ヲ爲ササルトキ(第七七三條)滿二十五年ニ達セサル子カ協議上ノ離婚ヲ爲ストキ(第八〇九條)成年ノ子カ養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ル場合ニ於テ繼父母又ハ嫡母カ同意ヲ爲ササルトキ(第八四三條、第八四六條)成年ノ子カ協議上ノ離縁ヲ爲スニ當リ右ノ親カ同意ヲ爲ササルトキ(第八六三條)ノ如キ是ナリ

無能力者ノ爲メニ設クル親族會ト其他ノ者ノ爲メニ設クル親族會トノ間ニ存スル差異ヲ解說センニ無能力者ノ爲メニハ屢、開會スヘキ必要アルヲ以テ最初一回裁判所之ヲ招集シ其以後ニ於テハ最初裁判所カ定メタル會員ハ其資格ヲ失フマテハ長ク之ヲ繼續スレトモ無能力者以外ノ者ノ爲メニ設クル親族會ハ、屢、之ヲ開クヘキ必要ナキヲ常トスレハ會議ヲ要スヘキ事件ノ生シタル度毎ニ其會員ハ裁判所ニ於テ選定セラルルモノナルカ故ニ此會員ハ毎會變更スルコトアルヘク而シテ其招集ハ既ニ說キタルカ如ク必ス裁判所ニ於テ爲ササルヘカラサレトモ無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ハ最初ノ一回ヲ除キ次回ヨリハ裁判所ノ手ヲ煩ハスコトアラサルナリ

招集ヲ請求スルコトヲ得ル者ハ會議ヲ要スル事件ノ本人(例ヘハ無能力者ノ爲メニ開クヘキ場合ニ於テハ其無能力者、前ニ擧ケタル例ニ於テ婚姻又ハ養子縁

組ヲ爲サントスル成年ノ子ノ爲メニ開クヘキ場合ニ於テハ其者ナリ)本人ノ家ノ戸主、親族、後見人、後見監督人、保佐人(準禁治產者ノ爲メニ開クヘキ場合ニ限ル)公益ノ代表者タル檢事及ヒ其利害關係人等是ナリ而シテ法律ハ廣ク利害關係人ニモ親族會ノ招集ヲ請求スルコトヲ許シタルカ故ニ被後見人ノ親族及ヒ公私益ノ保護者タル者ニ限ラス何人ト雖モ親族會ノ招集ニ付キ利害關係ヲ有スルコトヲ證明スルトキハ其招集ヲ請求スルコトヲ得ヘシ例ヘハ被後見人ノ不動產ヲ買受ケント欲スル者ハ後見人カ其賣買ヲ承諾シタルニ拘ハラス親族會ノ招集ヲ爲ササルトキハ其買主ハ自ラ之カ招集ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ

親族會員ノ選定及ヒ其員數第九四五條)親族會員ハ三人以上トシ親族其他本人又ハ其家ニ緣故アル者ノ中ヨリ裁判所之ヲ選定ス(ヲ必要ヤ如ヲ見テ選定後見人ヲ指定スルコトヲ得ル者ハ遺言ヲ以テ親族會員ヲ選定スルコトヲ得舊民法人事編第一七一條第一項第一七四條)

親族會員ノ員數ニ付テハ外國ノ立法例ニ於テハ或ハ之ヲ一定スルモノアリ或ハ之ヲ一定セサルモノアリ佛蘭西民法(第四〇七條)ハ會長治安裁判所判事)ノ外六人トシ獨逸民法(第一八六〇條)ハ會長ノ外二人以上六人以下トセリ而シテ豫メ其員數ヲ定ムルトキハ其人員ヲ得難キコトアルヘク又ハ其人員ヨリ多クソ員數ヲ以テ組織スルヲ要スル場合モアルヘシ故ニ本法ニ於テハ單ニ其最少限ノミヲ定メ之ヲ三人以上ト爲シ其最多限ニ付テハ制限ヲ設ケサリシナリ故ニ七人若クハ十人ノ會員ヨリ組織センコトヲ希望スルトキハ裁判所之ヲ心要ト認メタル場合ニ於テハ以上ノ如キ員數ヨリ成立スルコトアルヘキナリ其會員タル者ハ親族タルヲ常トシ多クハ最近ノ親族タルヘシト雖モ之ヲ親族ニ限ルコトト爲ストキハ親族少キ者ハ三人以上ノ親族ヲ得難キコトアリ故ニ其他本人又ハ其家ニ緣故アル者ト爲シタリ法律ニハ會員ニ充ツヘキ親族ノ不十分ナルトキニ非サレハ會議ヲ要スル本人又ハ其家ニ緣故アル者ヲ選定スルコトヲ得スト規定セサルヲ以テ會員ニ充ツヘキ親族ノ員數十分ナルトキト雖モ最初ヨリ緣故アル者ヲ選定スルコトノ妨アラサルナリ而シテ其會員ハ裁判所之ヲ選定スルモノトス(非訟事件手續法第九六條乃至第九八條)

本人ニ緣故アル者トハ其友人、其雇主若クハ雇人、其父母ト友人等ノ如キ是ナリ

其家ニ緣故アル者トハ本人ニハ何等ノ關係ナシト雖モ本家分家同家舊藩主ト藩臣トノ間柄商家ニ於テ暖簾分ケヲ受ケタル家ト其主家トノ如キ其先代ノ友人等是ナリ

親族會員ノ選定ハ以上ノ如ク裁判所之ヲ爲スヲ本則ト爲スト雖モ後見人ヲ指定スルコトヲ得ル者即チ第九百一條ニ規定スル者未成年者ニ對シテ最後ニ親權ヲ行フ者若クハ親權ヲ行フ父ノ生前ニ於テ母カ豫メ財產ノ管理ヲ辭シタルトキハ父)ハ遺言ヲ以テ親族會員ヲ選定スルコトヲ得ルモノトセリ若シ此選定權ヲ有スル者カ會員ノ全部ヲ選定セサルトキハ裁判所ニ於テ其殘員ヲ選定スルモノトス而シテ此遺言者カ親族會員ヲ選定スルニハ普通ノ場合ノ如ク被選者ニ付キ制限ナキヲ以テ親族ニ非サル者其他本人又ハ家ニ何等ノ關係ナキ者ヲモ選定スルコトヲ得ヘキナリ

普通ノ場合ニ於テ招集セラレタル親族會ハ其會議ノ議決ヲ終了シタルトキハ之ニ因リテ當然解散シ其會員ハ之カ資格ヲ失フモノニシテ其後更ニ親族會ヲ招集スル必要ヲ生シタルトキハ更ニ其會員ヲ選定スルモノトス然レトモ無能力者ノ爲メニハ屢親族會ヲ招集スル必要アルカ故ニ此親族會ニ限リテハ其無能力ノ止ムマテ會員(裁判所ノ選定シタル者ト遺言ヲ以テ選定セラレタル者トヲ問ハス)ノ資格ハ繼續スルモノトス(第九四九條)

親族會ヲ招集スヘキ場所ハ法律ヲ以テ別ニ之ヲ定メサルカ故ニ裁判所ノ見込ヲ以テ或ハ之ヲ裁判所內ニ於テシ或ハ他ノ場所ヲ定メ或ハ會員ノ協議ニ任スルコトヲ得ヘシ而シテ本法ニ於テハ裁判所カ親族會ニ干涉スルハ單ニ之ヲ招集スルニ過キサル(無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ハ最初一回ノミ裁判所之ヲ招集ス)モノニシテ佛獨其他ノ立法例ノ如ク判事ハ其會議ニ關係ヲ爲ササルカ故ニ實際ニ於テハ裁判所內ニ於テ會議ヲ開クコトハ極メテ稀ナルヘシ

親族會員タル義務ノ免除及ヒ其不能力(第九四六條)遠隔ノ地ニ居住スル者其他正當ノ事由アル者ハ親族會員タルコトヲ辭スルコトヲ得後見人後見監督人及ヒ保佐人ハ親族會員タルコトヲ得ス(第九百八條ノ規定ハ親族會員ニ之ヲ準用ス(舊民法人事編第一八〇條乃至第一八二條)

本條ニ於テ親族會員タルコトヲ辭シ得ル原因及ヒ親族會員タルコトヲ得サル原因ヲ規定シタリ親族會員タルコトハ後見人及ヒ後見監督人タルコトノ義務ノ如ク法律上ノ强制負擔ナリ而シテ後見人及ヒ後見監督人ニ付テハ曩ニ說キタルカ如ク第九百七條ニ於テ後見人タルコトヲ辭シ得ル原因(後見監督人亦同シ)第九百八條ニ於テ後見人タルコトヲ得サル者(後見監督人タルコト亦同シ)ヲ規定シタレトモ後見人ト親族會員トハ其性質ヲ異ニスルカ故ニ後見人ニ關スル右ノ規定ヲ直チニ玆ニ準用スルコトヲ得ス今法律カ後見人ノ規定ト區別シタル理由ヲ左ニ叙述セン

(一)　法律カ後見ノ任務ヲ辭スルコトヲ得ル原因トシテ規定シタルモノハ五箇アレトモ親族會員ハ後見人ノ如ク繁忙ナルモノニ非ス又其責任モ後見人ノ如ク重大ナラサルカ故ニ其原因ヲ極メテ縮少シ唯遠隔ノ地ニ居住スル者ト其他正當ノ事由アル者(後見ノ任務ヲ辭スルコトヲ得ル第五ノ原因)トニ親族會員タルヲ辭スルコトヲ許セリ法律カ遠隔ノ地ニ居住スル者ニ親族會員タルコトノ義務ヲ免除シタルハ若シ此ノ如キ者ニ强ヒテ會議ニ列セシメント欲スルトキハ時日ト費用トヲ要シ其者ノ爲メニハ重大ナル負擔タルコトアルヲ以テナリ故ニ後見人カ任務ヲ辭スルコトヲ得ル原因トシテ規定セル(二)軍人トシテ現役ニ服スルコト(三)被後見人ノ住所ノ市又ハ郡以外ニ於テ公務ニ從事スルコト其他第九百七條第三號及ヒ第四號ノ事由ハ法律ハ之ヲ正當ノ原因ト認メサリシヲ以テ此等ノ事由アリト雖モ當然親族會員タルコトヲ辭スルヲ得ス然レトモ此等ノ事由アリタルトキ若シ裁判所ニ於テ之ヲ正當ノ事由ト認メタルトキハ之ニ因リテ其會員タルヲ辭スルコトヲ得ヘシ而シテ如何ナル事由カ正當ナルヤハ一ニ裁判所ノ査定ニ任セリ(非訟事件手續法第一〇〇條第一〇一條)

(二)　親族會員タルヲ得サルコトニ付テハ後見人タルコトヲ得サル規定(第九〇八條)ヲ玆ニ準用スルコトトシタルカ故ニ(一)未成年者(二)禁治產者及ヒ準禁治產者(三)剝奪公權者及ヒ停止公權者(四)裁判所ニ於テ免黜セラレタル法定代理人又ハ保佐人(五)破產者(六)會議ヲ要スル事件ノ本人ニ對シテ訴訟ヲ爲シ又ハ爲シタル者及ヒ其配偶者並ニ直系血族(七)行方ノ知レサル者(八)裁判所ニ於テ親族會員タルコトニ堪ヘサル事跡不正ノ行爲又ハ著シキ不行跡アリト認メタル者等ハ

親族會員タルコトヲ得サルナリ而シテ此外尚ホ後見人、後見監督人及ヒ保佐人モ親族會員タルコトヲ得サルモノトス是レ他ナシ此等ノ者ハ或ハ親族會ノ監督ヲ受クヘク或ハ親族會ト相待チテ監督ノ機關タルヘキ者ナルカ故ナリ但此等ノ者ハ第九百四十八條ニ規定スルカ如ク親族會ニ於テ自己ノ意見ヲ陳述スルコトヲ得ヘキナリ

親族會ノ決議（第九四七條）親族會ノ議事ハ會員ノ過半數ヲ以テ之ヲ決ス會員ハ自己ノ利害ニ關スル議事ニ付キ表決ノ數ニ加ハルコトヲ得ス（舊民法人事編第一七五條）

親族會ノ議事ハ會員ノ一致ヲ以テ決セントスルモ其一致ヲ得ルハ困難ナルヘク又四分ノ三若クハ三分ノ二トスルカ如キハ細密ニ失スルヲ以テ本法ニ於テハ過半數ヲ以テ決スルコトトシタリ故ニ例ヘハ會員三名ナルトキハ二名ノ一致アルコトヲ要シ若シ會員五名ナルトキハ三名以上ノ一致アルコトヲ要ス而シテ本條ニハ會員ハ過半數ヲ以テ決ストアルカ故ニ會議ニ出席シタル會員ノ員數ヲ問フコトヲ要セサルモノニシテ會員ノ過半數出席スルニ非サレハ決議ヲ爲スコトヲ得サルナリ是ヲ以テ出席會員過半數ニ充タサルトキハ如何ニ急ヲ要スル場合ト雖モ如何トモスルコト能ハサルヲ以テ此ノ如キ場合ニ於テハ第九百五十二條ニ依リ會員ハ其決議ニ代ルヘキ裁判ヲ爲スコトヲ裁判所ニ請求スルヨリ外アラサルナリ

後見人、後見監督人及ヒ保佐人ニ非サル者ハ親族會員タルコトヲ得レトモ其議事ニシテ自己ノ利害ニ關係ヲ有スルトキハ之カ表決ノ數ニ加ハルコトヲ得ス若シ此ノ如キ制限ヲ爲ササルトキハ自己ノ利害關係ヲ有スル會員ハ會議ヲ要スル本人ノ利益ヲ圖ラスシテ專ラ自己ノ利益ノミヲ圖ルヘキハ人情ノ常ナルヲ以テ此ノ如キ者ハ其議事ノ表決ノ數ニ加ハルコトヲ許ササルモノトセリ例ヘハ無能力者ノ不動產ヲ買受ケントスル親族會員ハ第八百八十六條ノ親族會ノ決議ニ加ハルコトヲ得サルカ如キ是ナリ本家並ニ他家ニ在ル父母、親族會ニ於テ意見ヲ述ハルコトヲ得ル者（第九四八條）本人、戶主、家ニ在ル父母、配偶者、本家並ニ分家ノ戶主、後見人、後見監督人及ヒ保佐人ハ親族會ニ於テ其意見ヲ述フルコトヲ得

親族會ノ招集ハ前項ニ掲ケタル者ニ之ヲ通知スルコトヲ要ス(舊民法人事編第一七一條第二項)

本條ニ於テハ親族會員ニ非スシテ親族會ニ列シ意見ヲ述フルコトヲ得ル者ヲ規定セリ蓋シ本人戸主家ニ在ル父母配偶者本家並ニ分家ノ戸主後見人後見監督人及ヒ保佐人等ハ皆親族會ノ議事ニ付キ重大ナル利害關係ヲ有スルヲ常トスルカ故ニ親族會ニ列シ意見ヲ述フルコトヲ得ルコトトセリ然レトモ唯其意見ヲ述フルニ止マリ表決ニ加ハルコトヲ得サルコトハ言フヲ俟タサルナリ而シテ此等ノ事ハ以上ノ如ク意見ヲ述フル權ヲ有スルカ故ニ其意見ヲ述フル機會ヲ得セシメンカ爲メニ親族會ヲ招集スル毎ニ必ス之ヲ此等ノ人ニ通知スルコトヲ要スルモノトセリ故ニ此等ノ者ニ親族會招集ノ通知カクシテ親族會ヲ開キタルトキハ此等ノ者(分家ノ戸主ヲ除ク)ハ第九百五十一條ニ依リ其決議ニ對スル不服ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ得ヘキナリ

無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會(第九四九條)ハ無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ハ其者ノ無能力ノ止ムマテ繼續ス此親族會ハ最初ノ招集ノ場合ヲ除ク外

ス其者ニ遺言ヲ執行セシメサルヘカラストセハ利害關係人ハ大ニ其利益ヲ害セラルルヲ以テ正當ノ事由アルトキハ利害關係人ハ其解任ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ルモノナリ

遺言執行者ノ任務終了スルモ急迫ノ事情アルトキハ遺言執行者ハ一時必要ナル處分ハ之ヲ爲ササルヘカラス且ツ辭任ハ必ス之ヲ相續人ニ通知セサルヘカラス

第六　遺言執行ニ關スル費用

遺言ハ遺言者ノ意思ナルカ故ニ之カ執行ニ要スル費用ハ之ヲ相續財產ノ負擔ト爲スコト當然ナリ然レトモ相續人ナル者ハ遺言者ノ遺言カ其遺留分ヲ害スルトキハ遺贈其モノヲモ減殺スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ遺言ニ關スル費用ノ爲メニ其遺留分ヲ侵害セラルルカ如キコトアルヘカラス故ニ其費用ヲ相續財產ノ負擔ト爲ストキハ遺留分ヲ減スルニ至ルトキハ之ヲ相續財產ノ負擔ト爲スヲ得ス其費用ハ之ヲ遺贈ノ價額中ヨリ差引カサルヘカラス第千百十七條ハ遺言執行者ヲ相續人ノ代理人ト看做スカ故ニ遺言執行ノ爲メニ要シタル

費用ハ相續人ノ負擔ト爲サザルヘカラス隨テ財續財產ノ負擔ト爲スコトヲ得サルトキハ相續人ノ固有財產ヨリ支出スヘキモノノ如シト雖モ此ノ如キハ法律カ遺留分ヲ保護スルカ爲メニ特ニ第千百二十三條但書ヲ設ケタル精神ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス左レハトテ遺言執行者ニ其負擔ヲ爲サシムルコトモ法律ノ趣旨ニ非サルヘシ故ニ其費用ハ遺贈ノ價額中ヨリ控除スヘキモノト爲スハ其當ヲ得タルモノナルヘシ

第五節　遺言ノ取消

遺言ノ取消ニハ遺言カ效力ヲ生スル前ニ於テ遺言者カ自ラ之ヲ取消スモノト既ニ效力ヲ生シタル後ニ於テ相續人カ之ヲ取消スモノトノ二アリ

第一　遺言者ノ遺言取消

遺言ハ遺言者ノ最後ノ意思ニシテ遺言者ノ死亡スルマテハ其效力ヲ生セサルヲ以テ遺言者ハ何時ニテモ其全部又ハ一部ヲ取消スコトヲ得遺言者ハ唯リ取消權ヲ有スルノミナラス其取消權ヲ拋棄スルコト能ハサルモノナリ蓋シ遺言取消權ノ拋棄ハ遺言者ヲシテ終身其自由ノ一部ヲ拋棄セムシルモノナルカ故ニ公益ニ反スルノミナラス遺言ノ取消ヲ爲サストスル契約ハ遺言ノ性質ニ反スルヲ以テナリ故ニ遺言者カ遺言ヲ爲シタル後此遺言ハ將來取消ササルコトヲ約スルモ法律上何等ノ效力ヲ生スルモノニ非ス

一　取消ノ方法

遺言ノ取消ハ遺言者ノ明示ノ意思ニ因ルモノト默示ノ意思ニ因ルモノトアリ

甲　明示ノ取消

明示ノ取消ハ遺言者カ明カニ遺言ヲ取消ス意思ヲ表示スルモノナリ唯遺言ハ要式ノ法律行爲ナルヲ以テ之カ取消ヲ爲スニモ亦方式ニ從ハサルヘカラス即チ明示ノ取消ヲ爲スニハ自筆證書公正證書又ハ祕密證書ノ孰レカ其一ニ依ラサルヘカラス蓋シ遺言ヲ爲スニ一定ノ方式ヲ畏マサレハ遺言者ノ意思ヲ眞正ト見ルヲ得ストセハ之ヲ取消スニモ亦相當ノ方式ヲ畏マサレハ眞ニ取消シタルヤ否ヤ疑ハシキヲ以テナリ法律ハ取消モ亦遺言ノ方式ニ從フヘシト定ムルノミニシテ敢テ初ノ遺言ト同一ノ方式ニ依ルヘキコトヲ定メサルカ故ニ公正證書ノ遺言ヲ取消スニ自筆證書ヲ以テシ自筆證書ノ遺言ヲ

秘密證書ヲ以テ取消スモ共ニ其自由ナリトス

乙　默示ノ取消　默示ノ取消ハ遺言者明カニ遺言ヲ取消ス意思ヲ表示セサルモ其爲シタル行爲ヲ見レハ之ヲ取消ス意思アリタリト想像セサルヘカラサル場合ヲ謂フ遺言ハ要式ノ行爲ナルヲ以テ明示ノ取消ノ場合ニ於テハ之ヲ取消スニモ亦方式ニ從ハシメ以テ遺言者ノ眞意ヲ確メントシタルモ默示ノ取消ノ場合ニ於テハ遺言者ノ意思ハ行爲其モノカ十分之ヲ明カニシテ他人ノ僞造又ハ變造ナラサルコト確實ナルカ故ニ法律ハ特ニ遺言ノ取消アリト爲スモ可ナリト爲シタルナリ默示ノ取消ハ次ノ如キ場合ニ之アルモノトス

(イ)遺言者カ前ノ遺言ト抵觸スル遺言ヲ爲シタルトキハ其抵觸スル部分ニ付テハ前ノ遺言ヲ取消シタルモノナリ遺言者カ或人ニ戚土地ノ所有權ヲ與フルノ遺言ヲ爲シタル後同一ノ人ニ同一ノ土地ニ對シテ其地上權ヲ與フルトノ遺言ヲ爲シタルカ如キ又ハ單純ナル遺言ヲ爲シタル後ニ同一ノ物ニ付キ同一ノ人ニ向テ條件附ノ遺言ヲ爲シタルカ如キ事實上前後ノ遺言ハ同時ニ執行スルコト能ハサルカ故ニ後ノ遺言ハ前ノ遺言ヲ取消シタルモノト謂ハサルヘカラス又或物ヲ甲ニ與フルノ遺言ヲ爲シタル後更ニ之ヲ乙ニ與フルノ遺言ヲ爲シタルトキハ事實上遺言者ノ死亡後甲乙二人ノ共有ト爲スコト能ハサルモノニ非サレトモ遺言者ノ意思ハ決シテ此ノ如キモノニアラスシテ甲ニ與フルノ遺言ヲ取消シテ更ニ乙ニ與フルニ在ルモノト見ルコト適當ナルカ故ニ此ノ如キ場合ニ於テモ默示ノ取消アリト謂ハサルヘカラス但シ遺言者ノ意思ニシテ甲ニ與フルモノヲ全部變更シタルニ非スシテ唯其物ノ共有權ヲ乙ニ與フルニ在ルコト確的ナルトキハ前遺言ノ全部取消サルルニ非スシテ乙ニ共有權ヲ與フル範圍内ニ於テ取消サレタルモノト謂ハサルヘカラス而シテ二者執レナルカハ事實ノ問題ニシテ一ニ遺言者ノ意思如何ヲ判斷シテ定メサルヘカラス

(ロ)遺言者カ遺言ヲ爲シタル後爲シタル生前行爲カ遺言ト抵觸スルトキハ其抵觸スル部分ニ付テハ遺言ヲ取消シタルモノナリ遺言者カ遺言ヲ爲シタル後其目的物ヲ他人ニ讓渡シ又ハ毀滅シタル場合ニ於テハ遺言ヲ取消シタルカ故ニ斯ル行爲ヲ爲シタルモノト看ルコトヲ得ヘキカ故ニ遺言ハ取消サレタルモノナリ又遺言ノ目的物上ニ物權ヲ設定シタルカ如キ場合ニ於テモ其物權ニ關ス

ル部分丈ハ遺言ヲ取消シタルモノト謂フコトヲ得

(ハ)遺言者カ故意ニ遺言書ヲ毀滅シタルトキハ遺言ヲ取消シタルモノトス遺言書ハ遺言ノ唯一ノ證據ナルニ遺言者カ之ヲ毀滅シタルトキハ其遺言ハ之ヲ取消シタリト看做スハ當然ナリ然レトモ毀滅ヲ以テ取消ト看做スハ遺言者ニ之ヲ取消スノ意思アリト推定シタルモノナルカ故ニ遺言者ニ此意思ナキコト明カナルトキハ取消シタルモノト爲スヘカラサルハ勿論ナリ曩テ遺言者カ誤テ之ヲ毀滅シタルカ又ハ第三者カ故意ニ毀滅シタルトキハ遺言ノ取消ヲ生スルモノニ非ス此ノ如キ場合ニ於テハ利害關係者ハ法律ノ認ムル如何ナル方法ヲ以テモ遺言ノ成立ヲ證明スルコトヲ得ヘシ第千百二十六條ハ毀滅シタル部分ニ付テト規定セリ毀滅トハ證書ヲ燒棄又ハ破毀スルコトノミヲ謂フカ又ハ之ヲ塗抹スルコトマテモ包含スルカ若シ前者ノミヲ謂フモノナリトセハ毀滅シタル部分トハ如何ナル意味ヲ有スルヤ證書カ半燒シタルカ故ニ遺言ノ二分ノ一ハ取消サレタリト云フカ如キハ滑稽ノ甚シキモノナリ故ニ毀滅ハ之ヲ廣ク解シ塗抹ヲモ包含スルモノト爲シ一部ノ毀滅トハ遺贈ノ目的物ヲ列記シタルトキ

其中ノ二三ヲ塗抹シタル場合ノ如キヲ謂フモノナルヘシ但シ第千六十八條第二項ノ如キ規定アルカ故ニ一部ノ塗抹ノ如キハ之ヲ證明スルコト容易ナラサルヘシ

二　取消ノ效力

遺言ノ取消ハ遺言ト同シク遺言者ノ單獨行爲ナルカ故ニ取消アレハ遺言ハ直チニ消滅スルモノニシテ遺言者カ再ヒ同一ノ遺言ヲ爲スニ非サレハ前ノ遺言ニ因リテ利益ヲ受クヘカリシ者ハ其利益ヲ受クルコトヲ得サルニ至ルモノナリ唯茲ニ研究スヘキハ遺言者カ遺言ノ取消ヲ更ニ取消シタルトキ又ハ取消ノ行爲カ法律上ニ認メラレタル原因ニ由リテ效力ヲ生セサルトキハ前ノ遺言ハ當然效力ヲ回復スルヤ否ヤニ在リ取消ノ行爲カ效力ヲ生セサル遺言ハ其效力ヲ回復セサルコトハ疑ナシ何トナレハ取消ノ行爲カ效力ヲ生セサルコトハ法律ノ規定ヨリ生スルモノニシテ遺言者ノ意思ヨリ生スルモノニ非サレハナリ遺言者カ自ラ取消ノ行爲ヲ取消ス場合ニ於テモ一旦遺言ヲ爲シタル以後ニ爲シタル生前行爲ニ因リテ遺言カ取消サレタル場合ニ其生前行爲ヲ取消シタル場合ニ係ルトキハ遺言者ノ意ハ遺言ノ效力ヲ回復スルニ非サル

コト明カナリ何トナレハ其生前行爲ヲ取消シタルコトハ遺言ト直接ノ關係アリト見ルコト能ハサレハナリ唯稍ヤ疑アルハ一旦遺言ヲ爲シタル後ニ同一ノモノニ付テ之ト抵觸シタル遺言ヲ爲シタル場合ニ於テ後ノ遺言ヲ取消シタルトキハ前ノ遺言ハ其效力ヲ回復スルヤ否ヤ是ナリ尙ホ疑アルハ明示ノ遺言取消ノ後其取消ノ遺言ヲ更ニ取消シタルトキハ遺言ハ當然其效力ヲ有スルニ至ラサルヤ否ヤ是ナリ前ニ設ケタル問題ノ場合ニ在リテハ遺言者ノ意ハ未タ明カナラサルヲ以テ前ノ遺言ハ其效力ヲ回復セスト爲スヲ相當ナリト信ス唯後例ノ場合ニ於テハ遺言ハ前ノ遺言ヲ有效ナラシメンカ爲メニ後ニ爲シタル取消遺言ヲ取消シタルモノト見ルノ外他ニ遺言者ノ意思ヲ想像スルヲ得サルヲ以テ此場合ニ限リ遺言ハ效力ヲ回復スルモノト爲スヲ穩當ナリトス然ルニ民法ハ尙ホ此場合ニ於テモ一旦消滅シタル遺言ハ更ニ遺言ヲ爲スニ非サレハ效力ヲ回復スルモノニ非ストノ理論ヲ以テ前ノ遺言ハ效力ヲ回復セサルコトヲ定メタリ(第一一二七條)此規定ハ時トシテハ遺言者ノ意思ニ適セサルヘシト雖モ法律ノ明文ニ對シテハ反對ノ解釋ヲ取ルノ餘地ナシ然レトモ取消ノ行爲カ更

(一)　戻爲替手形ノ金額　商法ハ戻爲替手形ノ金額ニ付テハ何等ノ規定ナシト雖モ元來此手形ハ償還請求ノ方法トシテ振出スモノナルヲ以テ其金額ハ自ラ第四百九十一條及ヒ第四百九十二條ノ規定ニ依リテ定マラサルヘカラス即チ所持人カ振出ス戻爲替手形ノ金額ハ第四百九十一條第二項ノ規定ニ依リテ定マル唯茲ニ注意スヘキハ戻爲替手形ヲ振出ス場合ニハ所謂費用中ニハ手形ノ仲買手數料竝ニ其振出ノ費用等ヲ包含ス而シテ此等合算ノ金額ハ所持人カ償還ヲ請求スル場合ニハ本手形ノ支拂地ヨリ償還ノ請求ヲ受クル者ノ住所地ニ宛テ振出シタル一覽拂爲替手形ノ相場ニ依リ又裏書人カ償還ヲ請求スル場合ニハ其住所地ヨリ償還請求ヲ受クル者ノ住所地ニ宛テ振出シタル一覽拂爲替手形ノ相場ニ依リテ變動ヲ生ス例ヘハ第四百九十一條第一項ニ依リテ定マリタル金額ハ合計金千圓ナルニ爲替相場ハ百圓ニ付キ金九十八圓ナルトキニ於テ所持人ハ千圓ノ九十八分ノ百ニ相當スル金額即チ千二十圓九十八分ノ四十ヲ以テ戻爲替手形ノ金額ト爲ササルヘカラス故ニ此場合ニハ償還義務者ハ戻爲替手形ノ滿期日ニ於テハ千二十圓以上ヲ支拂ハサルヘカラス之ニ反シテ爲

替相場カ額面ヨリ高キ場合ニハ戻爲替手形ノ金額ハ第四百九十一條第一項又ハ第四百九十二條第一項ニ依リテ定マリタル金額ヲ以テ直チニ其手形金額トスルコトヲ得ヘシ此場合ニハ償還ノ請求ヲ爲ス者ハ手形ヲ賣却スルトキハ第四百九十一條第一項及ヒ第四百九十二條第一項ニ依リテ定マリタル金額ヨリ多キ金額ヲ得ルニ至ルト雖モ償還義務者ハ結局其手形ノ滿期日ニ於テハ第四百九十一條第一項、第四百九十二條第一項ニ依リテ定マリタル金額ヲ支拂フニ過キス

(二) 戻爲替手形ノ支拂人及ヒ振出人　戻爲替手形ノ支拂人ハ償還ノ請求ヲ受クヘキ本手形ノ前者ナリ(第四九三條)而シテ此手形ノ振出人ハ償還權利者タルヘキコトハ當然ナリ

(三) 戻爲替手形ノ支拂地　此支拂地ハ償還ノ請求ヲ受クル者ノ住所地ヲ以テスルコトヲ要ス(第四九四條第一項)蓋シ償還ハ償還請求ヲ受クル者ノ住所地ニ於テ之ヲ爲サシムル趣旨ニ伴ヒタル規定ナレハナリ

(四) 戻爲替手形ノ振出地　此振出地ハ所持人カ振出ス場合ニハ本爲替手形ノ支拂地ヲ以テ振出地ト定ムルコトヲ要ス(第四九四條第二項)是レ同條第一項ニ支拂地ニ關スル規定ト相待チテ爲替相場ヲ定ムルニ必要ナレハナリ

(五) 戻爲替手形ノ滿期日　此手形ノ滿期日ハ一覽ノ日タルコトヲ要ス(第四九四條第一項)此以外ノ滿期日ヲ定メタル戻爲替手形ハ戻爲替手形タルコトヲ得ス是レ成ルヘク戻爲替手形ノ金額ヲ少カラシムルノ必要ヨリ出テタルモノニシテ償還義務者ノ負擔ヲ輕カラシムル趣旨ナリ蓋シ手形ノ割引歩合ハ一覽拂ノ手形ヲ以テ最モ割安トスルモノナレハナリ

第二　戻爲替手形ヲ以テスル償還請求權ノ行使

前ニ述ヘタル要件ヲ具備シテ振出シタル戻爲替手形ノ支拂人ハ其手形ノ呈示ヲ受ケタルトキハ戻爲替手形ヲ支拂ハサルヘカラス蓋シ戻爲替手形ヲ支拂フハ即チ償還義務ノ實行ナレハナリ而シテ前者カ償還義務ヲ負フコトハ手形法ノ認メタル義務ナルヲ以テ即チ其手形ヲ支拂フヘキ手形法上ノ義務ヲ負フモノト謂ハサルヘカラス

支拂人カ戻爲替手形ヲ支拂フニハ戻爲替手形、本爲替手形、支拂拒絶證書及ヒ償

還計算書ト引換ニ非サレハ支拂ヲ爲スコトヲ要セス(第四八三條第一項第四九五條第一項)蓋シ戻爲替手形ノ支拂ナルモノハ又爲替手形ノ支拂ナルヲ以テ爲替手形ノ支拂ニ關スル一般規定ノ適用ヲ受クルノ外同時ニ其支拂ハ償還義務ノ履行ナルヲ以テ一般ノ償還ノ實行ニ關スル規定ノ適用ヲ受クルハ當然ナレハナリ故ニ此等ノ理由ニ由リ戻爲替手形ノ支拂ヲ爲ス者ハ所持人ヲシテ爲替手形ニ其支拂ヲ受ケタル旨ヲ記載セシメ且之ニ署名セシムルコトヲ得(第四八三條第二項第四九五條第二項)然ルニ若シ戻爲替手形カ手形法ニ定メタル要件ヲ具備セサルトキハ償還義務者タル新手形ノ支拂人ハ其手形ニ對シテ支拂ヲ爲スヘキ義務ヲ負ハストナレハ償還權利者ハ戻爲替手形ノ方法ニ依リ償還ヲ請求スルニハ必ス手形法ニ規定スル所ノ戻爲替手形ニ關スル要件ヲ具備シタル手形ヲ振出シテノミ請求シ得ルニ過キス隨テ若シ其要件ヲ具備セサルトキハ其手形ハ償還請求權行使ノ爲メニ振出サレタル手形ト看ルコトヲ得ス唯普通ノ手形ト看ラルルニ過キスシテ本爲替手形ト手形上ノ義務ニ付テ何等ノ關係ヲ有セサルニ至レハナリ故ニ此場合ニ若シ其支拂人カ支拂ヲ爲ササルトキハ新手形ノ所持人ハ本爲替手形ノ償還請求者即チ新手形ノ振出人ニマテハ遡リテ新手形ニ基キタル償還請求權ヲ行使スルコトヲ得ヘシト雖モ本爲替手形ニ依據シテ本爲替手形ノ償還義務者タル新手形ノ支拂人ニ對シ償還ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ戻爲替手形カ法定ノ要件ヲ具備スル場合ニ若シ其新手形カ支拂ハレサリシトキハ戻爲替手形ノ振出人ハ戻爲替手形ノ金額カ其振出ノ費用及ヒ爲替相場等ノ爲メニ如何ニ膨大ナルニ至ルト雖モ其金額ヲ以テ本爲替手形金額ヲ基本トシ戻爲替手形ノ支拂人タル本爲替手形ノ償還義務者ニ對シテ償還ヲ求ムルコトヲ得戻爲替手形ノ受取人以下ノ所持人ハ本爲替手形、支拂拒絶證書及ヒ償還計算書ヲ有シ且本爲替手形ノ讓受人タルコトカ本爲替手形ニ依リテ明カナル場合ニ於テハ前ニ述ヘタル戻爲替手形ノ振出人ト同樣ノ償還請求權ヲ行使スルコトヲ得

第二節　手形ノ參加

手形カ引受ケラレサルトキ又ハ豫期シタル支拂ヲ得サル場合ハ手形ノ信用ハ

之ヲ維持スルコトヲ得ス此ノ如キ場合ニ之ヲ救濟スルノ方法トシテ前ニ述ヘタル如ク擔保請求ト償還請求ノ方法ヲ設ケタリ然レトモ擔保又ハ償還ノ方法ニ依賴スルハ費用ヲ要スルノミナラス又手數ニシテ頗ル煩雜ナリトス故ニ此不便ヲ除去センカ爲メニ一層簡便ノ方法トシテ手形ノ參加ナル制度ヲ設ケタルモノニシテ參加ナルモノハ擔保ノ請求又ハ償還請求ノ事情カ發生シタル場合ニ於テ此等ノ事情ヲ迅速ニ打消シ手形ノ信用ヲ維持シ其圓滿ナル行動ヲ圖ルカ爲メニ元來引受又ハ支拂ヲ爲スヘキ義務ヲ有セサル第三者カ手形關係ニ介入シテ手形ノ引受又ハ支拂ヲ爲スヲ謂フ要スルニ手形ノ參加ハ又手形ノ變調ニ於ケル一ノ法律上ノ制度ナリ而シテ此參加ニ二種アリ一ハ豫メ參加人タルヘキ者ヲ指定スルモノ即チ豫備支拂人ヲ指定スルモノニシテ二ハ豫メ參加人タルヘキ者ヲ指定セスシテ參加ノ事情カ發生シタル場合ニ始メテ手形關係ニ現ハルルモノ即チ是ナリ此第二種ノモノハ所謂純然タル參加ナリ

第一款　豫備支拂人

第五百條ノ規定ニ依レハ爲替手形ニ豫備支拂人ノ記載アル場合ニハ縱令支拂人カ引受ヲ拒絶シタル場合ト雖モ所持人ハ直チニ前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルコトヲ得ス必ス先ツ豫備支拂人ニ引受ヲ求メ其豫備支拂人カ引受ヲ拒ミタル後ニ非サレハ前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルコトヲ得ス蓋シ其豫備支拂人ヲ設ケタル所以ハ若シ擔保請求ノ事情カ發生シタル場合ニ成ルヘク普通ノ擔保請求ノ手續ニ依ラスシテ豫メ手形ニ記載シタル特定ノ人ニ依賴シテ擔保ノ事情ヲ打消スノ趣意ナリ故ニ苟モ豫備支拂人ヲ設ケタル以上ハ豫備支拂人ノ引受ヲ求メテ拒絶セラレタル後ニ非サレハ前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルコトヲ得ス豫備支拂人ハ擔保ノ事情カ發生シタル場合ニ始メテ其效用ヲ現ハスモノナルヲ以テ支拂人ノ引受拒絶アリタル後ニ非サレハ豫備支拂人ニ對シテ引受ヲ求ムルコトヲ得ス而シテ其支拂人カ引受ヲ拒絶シタル事ハ拒絶證書ニ依リテノミ最モ確實ニ證明セラルルモノナルヲ以テ所持人ハ拒絶證書ヲ示シテ豫備支拂人ノ引受ヲ求メサルヘカラス第五百條ニ「爲替手形ノ所持人カ引受拒絶證書ヲ作ラシメタル場合ニ於テ云云」ト規定シタルハ即チ此趣旨ナリ

豫備支拂人ノ支拂ニ付テハ第五百八條ヲ以テ之ヲ規定セリ此支拂ニ付テモ豫備支拂人ハ償還請求ノ事情アル場合ニ於テ始メテ效用アルモノナリ此場合ニハ所持人カ支拂拒絶證書ヲ作成セシメタル後ニ非サレハ豫備支拂人ノ支拂ヲ求ムルコトヲ得ス若シ豫備支拂人ノ設定シアル手形ニ他ニ參加引受人アルトキハ此者ハ手形上ノ支拂義務ヲ負擔スル者ナルヲ以テ單純ナル豫備支拂人ヨリモ參加引受人ハ先ツ第一ニ手形金額ヲ支拂フヘキ義務ヲ負擔スルモノナルヲ以テ所持人ハ先ツ此參加引受人ニ對シテ支拂ヲ求メサルヘカラス若シ參加引受人カ支拂ヲ拒ムカ又ハ全ク參加引受人ナキ場合ニ於テ始メテ豫備支拂人ニ對シテ支拂ヲ請求スルコトヲ得總テ此等ノ支拂請求ハ滿期日又ハ其後二日以內ニ爲スコトヲ要ス(第五〇八條第一項)

以上述ヘタル支拂ノ請求ヲ爲スモ尙ホ所持人カ支拂ヲ得サルトキハ始メテ前者ニ對シテ償還ヲ請求スルコトヲ得所持人カ其請求ヲ爲スニ付テハ支拂拒絶證書ヲ以テ參加引受人又ハ豫備支拂人カ支拂ヲ爲ササリシコトヲ證明セサル(カラス(第五〇八條第二項)若シ右ノ手續ヲ怠リタルトキハ所持人ハ豫備支拂人ヲ指定シタル者又ハ被參加人及ヒ其後者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フ(第五〇八條第三項)

今左ニ豫備支拂人ノ設定要件ヲ說明スヘシ

豫備支拂人ハ支拂地ニ於ケル者ナラサルヘカラス支拂地ニ在ラサル者ヲ以テ豫備支拂人ト指定スルコトヲ得ス

豫備支拂人ヲ設定スル人ハ爲替手形ノ振出人及ヒ裏書人ニシテ支拂人ハ之ヲ設定スルコトヲ得ス(第四四八條、第四五八條)

豫備支拂人タル人ニ付テハ支拂人ヲ除クノ外何等ノ制限ナシ

第二款　參加引受

第一項　參加引受ノ性質

參加引受トハ手形ノ支拂人カ引受ヲ拒絶シタル場合ニ第三者カ手形關係中ニ介入シテ支拂人ニ代リテ引受ヲ爲シ若シ支拂人カ期日ニ至リ支拂ヲ爲ササリシトキハ自ラ之ヲ支拂フヘキ義務ヲ負擔スヘキ意思表示ヲ手形上ニ爲スヲ謂

ノ故ニ其目的ハ擔保ノ責任ヲ全然消滅セシムルニ在リテ其意思表示ノ形式ハ後ニ述フルカ如ク普通引受ノ形式ト同一ナリト雖モ其目的ハ擔保義務ノ發生ヲ防クニ在リテ其支拂義務ハ普通ノ支拂義務ト異ナリ支拂人カ支拂ハサルトキハ自ラ之ヲ支拂フヘシトノ條件附ノ手形義務ナリ

參加引受ニ付テモ手形法ハ一部ノ引受又ハ制限附ノ引受ヲ認ムルヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ若シ參加引受ハ引受ト同一性質ノモノナリトノ前提ヲ採ルトキハ直チニ引受ニ關スル規定ヲ援用シテ一部ノ參加引受ハ有效ニシテ其他ノ制限附引受ハ無效ナリト解セサルヘカラス然レトモ參加引受ヲ認メタル法律ノ趣旨ヨリ考フレハ普通ノ制限附ノ引受ハ勿論一部ノ參加引受モ到底無效ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ參乙引受ノ目的ハ擔保ノ條件ヲ消滅セシムルニ在リテ成ルヘク手形ノ所持人ヲシテ本來ノ支拂人カ完全ナル引受ヲ爲シタルト同一ノ狀況ニ在ラシムルモノナレハナリ然ルニ若シ一部ノ引受ヲ有效ナリトセハ其殘部ニ付テハ尙ホ前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルノ必要アリ此殘部ヲ前者ニ請求スルニ付テハ拒絕證書ヲ作成セシメ又ハ通知ヲ發スル等ノ手續ヲ爲ササルヘカラス果シテ然ラハ擔保ノ條件ヲ消滅セシメンカ爲メニ設ケタル參加ノ制度ハ何等ノ效用ヲモ充タスコト能ハサルニ至ル故ニ一部ノ參加引受ハ到底無效ナリト解セサルヘカラス然レトモ唯支拂人カ前ニ既ニ一部ノ引受ヲ爲シ其殘餘ヲ悉ク參加引受ヲ爲ス場合ニハ擔保ノ事情ハ全ク之カ爲メニ消滅スルヲ以テ此場合ニハ有效ナリトス要スルニ擔保條件ヲ全然消滅セシメ得ル參加引受ハ有效ニシテ其他ノ參加引受ハ無效ナリトス之ヲ手形法ノ規定ニ付テ見ルニ參加引受人ハ所謂支拂人ニ非サルヲ以テ參加引受人ニ付テハ直チニ第四百六十九條ノ規定ヲ援用スルコト能ハス又第五百六條ニハ參加引受ノ效力トシテ全然擔保請求權ヲ消滅セシムル趣旨ヨリ觀ルモ明カナリ

第二項　所持人ノ選擇權

普通ノ引受ニ在リテハ所持人ハ之ヲ拒ムコトヲ得スト雖モ參加引受ニ於テハ所持人ハ之ヲ拒ムコトヲ得其所以ハ若シ支拂人ハ引受ヲ爲ササル場合ナルモ所持人ハ他ニ擔保義務者アルヲ以テ滿足スルコトモアルヘク又參加引受人ノ

信用如何ニ拘ハラス必スシモ之ヲ承諾セサルヘカラサル理由ナケレハナリ然レトモ唯豫備支拂人ノ參加引受ニ至リテハ之ヲ拒ムコトヲ得ス蓋シ豫備支拂人ハ擔保又ハ償還ノ事情アル場合ニ之ヲ打消サンカ爲メニ豫メ特ニ手形ニ指定シタルモノナルヲ以テ之ヲシモ自由ニ拒ムコトヲ得ルモノトスルトキハ全ク豫備支拂人ヲ設定シタル手形法ノ趣旨ヲ無視スルニ至レハナリ(第五〇一條)

參加引受ナルモノハ多數發生スルコトアリ例ヘハ甲ハ振出人ノ爲メニ參加引受ヲ爲シ乙ハ受取人ノ爲メニ參加引受ヲ爲シ丙ハ第一ノ裏書人ノ爲メニ參加引受ヲ爲スカ如シ斯ル場合ニハ所持人ハ自己ノ選擇ニ從ヒ何レカノ一人ヲシテ參加引受ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ(第五〇二條)手形ノ信用ヲ維持スル點ヨリ觀レハ參加引受人ノ多キハ益手形ノ信用ヲ大ナラシムルカ如シト雖モ一方ヨリ言ヘハ參加引受ヲ得ルニハ引受拒絶證書ヲ一一參加引受人ニ呈示シテ參加引受アリタル旨ヲ記載セシメサルヘカラス多數ノ參加引受人アル場合ハ悉ク之ヲ許容セサルヘカラストセハ所持人ハ其煩ニ堪ヘサルヘク寧ロ信用ノ大ナル一人ヲ選定スルノ輕便ナルニ若カサルナリ

第三項　參加引受ノ方式

參加引受ノ方式ハ參加引受ノ旨ヲ手形ニ記載シテ參加引受人之ニ署名スルニ在リ(第五〇三條第一項)又普通ノ引受ト異ナル點ハ普通ノ引受ニ在リテハ引受人ノ署名ノミノ引受ヲ認ムト雖モ參加引受ニ在リテハ參加引受人ノ單純ナル署名ノ引受ハ之ヲ認メス而シテ普通ニ參加引受ヲ爲スニハ何人ノ爲メニ參加スルヤヲ定メテ之ヲ爲スモノナリト雖モ時トシテハ何人ノ爲メニスルヤヲ指定セスシテ參加引受ヲ爲スコトアリ此場合ニ於テハ其參加引受ハ振出人ノ爲メニ之ヲ爲シタルモノト看做ス蓋シ振出人ノ爲メニ爲シタル參加引受ハ最モ多數ノ擔保義務ヲ免レシムルモノナルヲ以テナリ(第五〇三條第二項)

所持人カ參加引受ヲ得タルトキハ引受拒絶證書ニ參加引受アリタル旨ヲ記載セシメ且其證書作成ノ費用ノ支拂ト引換ニ之ヲ參加引受人ニ交付スルコトヲ要ス又參加引受人ハ其拒絶證書ヲ遲滯ナク被參加人ニ交付スルコトヲ要ス(第五〇四條)蓋シ此手續ノ必要ハ被參加人ヲシテ參加引受アリタルコトヲ知ラシ

メ且第五百七條ノ規定ニ從ヒ被參加人カ自己ノ前者ニ對シ擔保ヲ請求スルノ準備ヲ爲サシメンカ爲メナリ

第四項　參加引受ノ效力

參加引受ノ效力ハ參加引受ノ性質ヨリ當然生スヘキモノナリ即チ左ノ如シ

(一)　支拂人カ手形金額ヲ支拂ハサリシ場合ニ於テ被參加人ノ後者ニ對シ支拂アラサリシ手形金額及ヒ費用ヲ支拂フノ義務ヲ生ス故ニ參加引受人カ支拂ヲ爲スニハ支拂人カ支拂ヲ爲ササリシ場合ナルコトヲ要ス普通ノ引受人ハ絶對的ニ支拂ヲ爲ス義務ヲ負フモノナリト雖モ參加引受人ハ支拂人カ支拂ハサリシトキニ限リ支拂義務ヲ履行スヘキモノナリ故ニ所持人ハ縱令支拂人カ前ニ引受ヲ爲ササリシトキト雖モ必ス先ツ支拂人ニ手形ヲ呈示シテ支拂ヲ求メサルヘカラス而モ尙ホ支拂ヲ得サルトキ始メテ拒絶證書ヲ作成セシメ參加引受人ノ支拂ヲ求ムヘキモノナリ之ヲ要スルニ參加引受人ハ如何ナル場合ニ於テモ支拂人ニ先チテ支拂ノ請求ヲ受クルコトナシ

所持人カ參加引受人ノ支拂ヲ求ムルニ付テハ極メテ短期ノ制限ヲ設ク即チ所持人ハ滿期日又ハ其後ノ二日以內ニ支拂ヲ求ムル爲メニ爲替手形ヲ參加引受人ニ呈示セサルヘカラス若シ此手續ヲ怠ルトキハ參加引受人ハ此義務ヲ免ル蓋シ參加引受人ノ義務ハ條件附ノ支拂義務ニシテ本來ノ支拂義務ニ非ス故ニ所持人ノ怠慢ニ拘ハラス其義務ヲ永ク負ハシムヘキ理由ナケレハナリ(第五〇五條)

(二)　手形所持人其他ノ被參加人ノ後者ハ擔保ヲ請求スル權利ヲ失フ(第五〇六條)參加引受ハ擔保ノ條件ヲ消滅セシムルモノナルヲ以テ當然ニ此效力ヲ生ス然レトモ全然總テノ擔保義務ヲ消滅セシムルモノニ非ス唯被參加人ノ後者ニ對シテノミ其效力ヲ生スルナリ故ニ被參加人カ振出人ニ非サル以上ハ擔保請求權ノ全部ヲ消滅セシムルコトヲ得ス

第三款　參加支拂

第一項　參加支拂ノ性質

參加支拂ハ手形ノ償還請求ノ事情ノ生シタル場合ニ之ヲ打消サンカ爲メニ第三者ノ爲ス支拂ヲ謂フ故ニ參加ナルモノハ償還ノ事情カ發生シタル後ニ非サレハ其作用ヲ爲ササルモノナリ隨テ手形ノ支拂人カ滿期日ニ至リ支拂ヲ爲ササルトキニ於テ支拂拒絶證書ヲ作成セシメタル後ニ非サレハ參加支拂ナルモノナシ又參加支拂ノ目的ハ償還ノ事情ヲ全ク打消スニ在ルヲ以テ此目的ヲ達セサル所ノ參加支拂ハ無效ナリト謂ハサルヘカラス故ニ普通ノ支拂ニ於テハ所持人ハ一部ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得スト雖モ參加支拂ニ於テハ一部ノ參加支拂ノ爲メニ尙ホ償還事情ノ一部カ殘ルカ如キ場合ニハ之ヲ拒絶スルコトヲ得ヘシ然レトモ支拂人カ既ニ一部ノ支拂ヲ爲シタル場合ニ於テ其殘餘ノ全部ヲ參加支拂ヲ爲ス場合ニハ結局償還ノ事情ハ全然消滅スヘキヲ以テ此場合ニ限リ一部ノ參加支拂ハ有效ナリトス

第二項　參加支拂ニ關スル所持人ノ義務

(一)　所持人ハ參加支拂ヲ受クル義務ヲ有ス(第五〇九條參加引受ニ付テハ所持

害ナシ何トナレハ船舶ノ所有者ハ會社ニシテ株主タル外人ハ其共有者ニ非サレハナリ而シテ外國人カ獨逸船舶ヲ取得スルコトハ毫モ制限セラルル所ナシ唯所有權ノ全部又ハ一部カ外國人ニ移轉スルト同時ニ該船舶ハ獨逸ノ國籍ヲ失フノミ又船員ノ國籍如何ハ船籍ニ關係ナキコト前述ノ如シト雖モ外國人ニシテ獨逸船舶ノ乘組員トシテ使用セラルルコトヲ得ルニハ內國人ト同一ニ當該獨逸行政官廳ヨリ適任證書ヲ受ケサルヘカラス

佛國ハ千七百九十三年九月二十一日法律第二條ニ依レハ船舶ノ全部カ佛國人ニ屬スルニ非サレハ佛國船舶タルコトヲ得サリシナリ然ルニ千八百四十五年六月九日法律第十一條ハ之ヲ改正シテ佛國船舶タルニハ少クトモ其所有權ノ二分ノ一カ佛國人ニ屬セサルヘカラサルモノトセリ故ニ佛國船舶ニシテ若シ外國人ニ讓渡サルルカ又ハ外國人カ二分ノ一以上ノ持分ニ於テ共有者ト爲ルトキハ該船舶ハ佛國籍ヲ失フ隨テ佛國法カ與フル保護ノ下ニ立チテ佛國ノ國旗ヲ揭揚スルコトヲ得ス顧ミルニ千七百九十三年九月二十一日ノ法律ハ佛國船舶ノ全部又ハ一部ヲ外國人ニ讓渡スコトヲ禁シタリシカ千八百十八年四月

二十一日ノ法律第二條ハ其禁ヲ解キテ自由讓渡ヲ爲スコトヲ許シタリ又株式會社ニ付テハ前掲千八百四十五年ノ法律ハ適用セラルルモノニ非スシテ荷モ株式會社カ佛國ニテ佛國法ニ從ヒテ設立セラレ且其船舶カ佛國船舶タルニ必要ナル他ノ一切ノ條件ヲ充タシタルトキハ該會社ノ株式ノ二分ノ一ハ外國人カ之ヲ所有スルトモ該船舶ハ佛國船タルニ害ナシ而シテ合名會社ニ付テハ社員ノ全員カ佛國人ナラサルヘカラス

伊國　千八百六十五年六月二十五日發布伊國海商法第四十條ニ依ルニ凡ソ船舶ニシテ伊國ノ國籍ヲ得ルニハ其所有權カ伊國人ニ專屬スルカ又ハ少クトモ五年以上伊國內ニ住所ヲ有スル外國人ニ屬スルコトヲ必要トシ尙ホ伊國內ニ住所若クハ居所ヲ有セサル外國人ト雖モ伊國船舶所有權ノ三分ノ一マテハ之ヲ有スルコトヲ妨ケサルナリ然ルニ千八百七十七年五月二十四日發布ノ改正商法第四十條ニテハ伊國船ヲ所有シ得ル外國人ノ範圍ヲ擴張シ伊國內ニ五年以上唯リ住所ノミナラス居所ニテモ之ヲ有スル外國人ナレハ伊國船舶所有者タリ得ルモノトセリ而シテ合名會社ニ付テハ其本店ハ外國ニ在ルモ業務擔當社員ノ一員カ伊國人ナルトキハ該會社所有ノ船舶ハ伊國船舶タルコトヲ得株式會社ニ付テハ外國人株式所有ニ付キ何等ノ制限ナシ要スルニ伊國ハ船舶ノ所有ニ付キ他國ニ比シテ最モ內外平等ノ主義ヲ取レリ

墺國　千八百七十九年五月七日ノ法律第六十五號第一章ニ依レハ船舶登記簿ニ登記シ若クハ假免狀ヲ得タル船舶ヲ以テ墺國商船ト定メ其所有權ノ三分ノ二以上墺國人ノ所有ニ屬スルニ非サレハ船舶登記簿ニ登記セス而シテ墺國內ニ創立セラレ且墺國內ニ在ル汽船會社ハ一商人ト同一視ス又外國ノ港ニ在ル外國船舶ニシテ其所有權ノ三分ノ二以上墺國人ノ有ニ歸スルトキハ墺何領事ハ船舶假免狀ヲ付與ス

英國　千八百九十四年ノ現行商船法第一條ニ於テ船籍ノ規定ヲ設ケタリ之ニ依ルニ英國ニ生レタル臣民、英國若クハ其版圖內ノ歸化法ニ依リ又ハ英王ノ特許ニ依リテ歸化人ト爲リタル者及ヒ英國若クハ其版圖內ノ法律ニ從ヒテ設立セラレ主タル事務所ヲ英國版圖內ニ有スル法人ニ專屬スルモノヲ以テ英國船舶ナリトス商船ハ千八百二十四年ニ始メテ獨立ヲ獲得セリ現ニ日本人

日本國舊商法ハ第八百二十四條ニ於テ船籍ヲ規定セリ即チ船舶カ一、日本人民ノ所有ニ專屬スルトキ二、日本ニ主タル營業所ヲ有シ且日本ノ裁判權ニ服從スル會社其他ノ法人ニシテ合名會社ニ在リテハ總社員、合資會社ニ在リテハ少クトモ社員ノ半數、株式會社ニ在リテハ取締役ノ總員、其他ノ法人ニ在リテハ代表者ノ總員カ日本人民ナルモノノ所有ニ專屬スルトキヲ以テ日本船舶ナリトセリ然レトモ該規定ハ種種ノ點ニ於テ缺點アリ先ツ官廳又ハ公署ノ管理ニ屬スル船舶ヲ此中ニ包含セシメサルカ故ニ日本船舶ノ全部ヲ悉ササルノ憾アリ又法人ニ關スル營業所ト云フ文字ハ商事會社ニ付テハ當レリト雖モ公益法人等ニ付テハ其當ヲ得サルカ故ニ此場合ニハ之ヲ事務所ト云フニ若カス又合資會社ニ付テハ法文ハ社員ノ半數カ日本人民ナレハ足レリトセリト雖モ立法ノ趣意ヨリ考フレハ是レ亦不十分ナリ蓋シ合資會社ニハ無限責任社員ト有限責任社員トアリ又舊商法ノ合資會社ハ眞正ナル無限責任社員ナクトモ之ヲ成立スルコトヲ得唯業務擔當社員カ自己ノ任務中ニ爲シタル行爲ノミニ付テ無限責任ヲ負ヘハ足レリトセリ故ニ合資會社ニ在リテハ唯社員ノ半數カ日本人民

タルノミニテハ不十分ニシテ必スヤ無限責任社員ノ全員若クハ業務擔當社員ノ全員カ日本人民ナラサルヘカラサルナリ此ノ如ク種種ノ缺點アリタルカ故ニ新法典ハ之ヲ修正スルト同時ニ船籍ノ規定ヲ商法中ニ之ヲ置クハ其當ヲ得サルカ故ニ之ヲ船舶法中ニ移シタリ即チ船舶法第一條ニ曰ク

左ノ船舶ヲ以テ日本船舶トス

一　日本ノ官廳又ハ公署ノ所有ニ屬スル船舶

二　日本臣民ノ所有ニ屬スル船舶

三　日本ニ本店ヲ有スル商事會社ニシテ合名會社ニ在リテハ社員ノ全員、合資會社及ヒ株式合資會社ニ在リテハ無限責任社員ノ全員(舊商法ノ規定ニ從ヒテ設立シタル合資會社ニ在リテハ業務擔當社員ノ全員)株式會社ニ在リテハ取締役ノ全員カ日本臣民ナルモノノ所有ニ屬スル船舶

四　日本ニ主タル事務所ヲ有スル法人ニシテ其代表者ノ全員カ日本臣民ナルモノノ所有ニ屬スル船舶

ト、以テ我國法モ亦所有者ノ國籍如何ニ依リテ船籍ヲ定ムルノ主義ナルコトヲ

知ルヘシ而シテ本條ハ實ニ能ク舊商法ノ缺點ヲ補ヒ得タルモノト謂フヘシ

第四節　船舶ノ登記

商法第五百四十條第一項ニ曰ク

船舶所有者ハ特別法ノ定ムル所ニ從ヒ登記ヲ爲シ且船舶國籍證書ヲ請受クルコトヲ要ス

之ヲ一見スレハ船舶所有者ハ船舶ノ登記ヲ爲スト共ニ同一官廳ヨリ船舶國籍證書ノ交付ヲ受クルカ如キ觀アリト雖モ船舶法竝ニ船舶登記規則等ヲ繙ケハ船舶登記ノ事務ハ司法省ノ管轄ニ屬スル區裁判所又ハ其出張所ニ於テ之ヲ行フモノニシテ(船舶登記規則第二條)船舶所有者ハ其登記ヲ受ケタル後逓信省ノ管轄ニ屬スル管海官廳ニ船舶ノ登錄ヲ申請セサルヘカラス而シテ船舶國籍證書ハ其登錄ヲ終リタル後管海官廳ヨリ始メテ之ヲ交付スルモノタルコトヲ知ルヘキナリ(船舶法第五條)此ノ如ク船舶所有者ハ登記ト登錄トノ二者ヲ受ケサルヘカラス抑モ船舶登記ノ目的ハ船舶ノ私法的權利關係ヲ公示スルニ在リ

其目的毫モ不動產登記ト異ナルコトナシ唯其手續ヲ異ニスル必要アルカ爲メニ一ハ不動產登記法ニ從ヒ一ハ船舶登記規則ニ從ハシムルノミ(註法文ニハ特別法ノ定ムル所ニ從ヒ)ト云ヒ法律ヲ以テ制定スルコトヲ必要トシタルニ勅令ヲ以テ船舶登記規則ヲ公布シタル所以ハ船舶法第三十四條ヲ以テ船舶ノ登記ニ關スル規定ヲ勅令ニ委任シタルニ由ルモノナリ)然ルニ船舶ノ登錄トハ船舶原簿ニ記入シ以テ船舶ヲ我國籍ニ編入スルコトヲ謂フナリ猶ホ人ヲ戸籍ニ編入スルカ如キナリ此ノ如ク船舶ノ登記ハ私法的ノ關係ニ屬シ登錄ハ公法的ノ關係ニ屬シ二者其目的ヲ異ニスルカ故ニ一ハ行政官衙タル管海官廳ヲシテ其事務ヲ掌ラシメ一ハ各箇人ノ權利證明ノ職ニ任スル司法官廳ヲシテ事務ヲ掌ラシムルハ理論上正シカラサルニ非ス仍テ舊商法ニ於テモ亦船舶登記ノ事務ハ之ヲ裁判所ヲシテ掌ラシムルノ趣意ニシテ船舶所有者ハ管海官廳ヨリ船舶國籍證書ヲ受クル外ニ私法的權義ノ證明ニ充ツル爲メニ裁判所ヨリ船舶登記證書ヲ請受クヘキモノト爲シタリ(舊商法第八二五條、第八二七條)然リト雖モ素ト船舶國籍證書ト船舶登記證書トノ二者ヲ必要トスルモノニ非ス蓋シ前述シ

タル如ク船籍ノ所在ハ船舶所有者ノ何國人ナルヤニ依リテ定マルカ故ニ船舶所有權ノ登記ハ同時ニ船籍ノ證明ト爲リ得ヘキナリ殊ニ其内容ニ於テモ二證書ハ殆ト同一ナルカ故ニ一ヲ以テ他ノ目的ニモ亦使用スルコトヲ得ルナリ故ニ新商法ニ於テハ二證書ヲ必要トセス獨リ船舶國籍證書ノミヲ以テ行政上ノ目的ニモ亦私法上ノ目的ニモ共ニ充用シ得ヘキモノト爲シタリ例ヘハ船舶所有權ノ讓渡アリタル場合ニ之ヲ以テ第三者ニ對抗セントセハ登記ヲ爲スノ外ニ船舶國籍證書ニ其旨ヲ記載スルコトヲ必要トシタルカ如キ是ナリ此ノ如ク新商法ニ於テハ曾ニ二證書ヲ必要トセサルノミナラス前掲シタル第五百四十條第一項ノ立案ノ趣意ヨリ考フレハ一歩進ミテ船舶登記ノ事務ト船舶登録ノ事務トハ亦同一官廳タル管海官廳ヲシテ之ヲ管掌セシムル趣意ナリシコト推知スルニ餘リアリ但政務ノ分掌ノ事ハ官制並ニ豫算ノ決スル所ニ依リテ定マルカ故ニ私法的法規ニ屬スル商法ノ猥ニ干渉スヘキ所ニ非ス仍テ之ヲ特別法ノ定ムル所ニ一任シタリ然ルニ特別法タル船舶法同施行細則並ニ船舶登記規則ニ依レハ船舶登記ノ事務ト登録ノ事務トハ各別派ノ官廳ニ於テ之ヲ分掌スルコトト爲レリ仍テ船舶所有者ハ先ヲ裁判所ニ到リテ船舶ノ登記ヲ受ケ而シテ後管海官廳ニ到リテ登録ヲ受ケ始メテ船舶國籍證書ヲ請受クルノ運ヒニ至ルモノナリ

商法ノ解釋ニ付テハ稗益少キモ今試ニ船舶ノ登記ト登録トヲ同一官廳ニテ取扱フ場合ニ於ケル利益ヲ列擧スレハ左ノ如シ

一　船舶所有者ノ何人タルカハ單ニ私法上ニ於テ必要ナルノミナラス公法上ニ於テモ常ニ之ヲ明カニスル必要アリ例ヘハ船籍ノ如キハ所有者ノ日本人タルト否トニ依リテ定マル故ニ裁判所ノ登記ヲ受ケテ私法上ノ關係ヲ明カニスルコトヲ得ルモ別ニ公法上ノ關係ヲ明カニスル爲メニ管海官廳ニ於テ登録ヲ爲ササルヘカラス故ニ船舶所有者カ始メテ其所有權ヲ取得シタルトキハ勿論其後所有權ノ移轉アル毎ニ必ス兩所ニ屆出テサルコトヲ得ス然ルニ若シ管海官廳ニ於テ直チニ登記ノ事務ヲ取扱フモノナルトキハ當事者ノ爲メニ便益アルコト辯ヲ待タス唯抵當權ヲ設定スル場合ニハ單ニ登記所ニ於テ之ヲ登記スルヲ以テ足レリトスト雖モ現今ノ實況ニ於テハ所有權ノ取得又ハ移轉ノ場合

負ニ抵當權設定ノ場合ヨリモ多キ為ニ當事者ノ便否ヨリ言ヘハ船舶登記ノ事務ヲ管海官廳ニ於テ取扱フヲ以テ得策ナリトス

二　登記ト登錄トノ二者相違アルトキハ種種ナル不都合アルコトハ固ヨリ言ヲ俟タス然ルニ之ヲ同一官廳ニ於テ取扱フトキハ二者ノ相違若クハ誤謬ヲ生スルコト尠シ

三　船舶登記事項ハ船舶登記規則第十六條ニ記載スルカ如ク船舶ノ種類材料、噸數等ニ關シ船舶ニ關スル專門的知識アル者ニ非サレハ了解シ難キモノ多シ故ニ登錄ノ事務ト共ニ管海官廳ニ於テ之ヲ取扱フモノトセハ錯誤等ヲ生スルノ虞尠シ

四　私權ノ得喪變更ニ關スル事項ト雖モ必スシモ之ヲ司法官廳ニ於テ取扱ハサルヘカラサルノ理ナシ彼ノ版權、特許、意匠、商標、鑛業權ノ如キハ皆行政官廳ニ於テ之カ登錄ヲ行フニ依リテ知ルヘシ

五　外國ノ例ヲ見ルニ船舶登記ノ事務ハ之ヲ管海官廳ニ於テ取扱フヲ以テ其例多シトス就中航海業ニ發達セル諸國ニ於テ然リトス例ヘハ英、米、佛、伊、墺、バンブルグ、「ブレーメン」、「メックレンブルグ」、「オルデンブルグ」等是ナリ而シテ司法官廳ニ於テ之ヲ取扱フモノハ白、西、葡、普、「ルユベック」等ノ數國ニ過キス而モ普、「ルユベック」等ニ於テハ船舶國籍證書モ亦登記裁判所ニ於テ之ヲ交付スルカ故ニ管海官廳ニ到リテ之カ交付ヲ受クルカ如キ二重ノ手數ヲ勞スルコトナシ又白國ニ於テハ國內ノ船舶登記ハ總テ皆「アンヴェール」ノ登記所ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトシ西國ニ於テハ沿海其他航海業ニ特別ノ關係アル州ノ首府ニ於テノミ船舶ノ登記ヲ爲スヘキモノトシ葡國ニ於テモ特ニ政府ニ於テ指定シタル土地ノ商事裁判所ニ於テノミ之ヲ爲サシメ又「ルユベック」ニ於テモ地方裁判所ノ商事局ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトセリ故ニ此等ノ諸國ニ於テハ沿海地方ノ各區裁判所ニ於テ船舶ノ登記ヲ爲サシムルコトヲ必要トセサルナリ

以上述フルカ如ク船舶ノ登記ト登錄トヲ同一官廳ニ於テ取扱フハ其便益極メテ多ク外國ノ立法例モ亦多クハ皆然ル所ナルニモ拘ハラス我船舶法施行細則並ニ船舶登記規則ニ於テ其方法ヲ採ラサリシハ洵ニ遺憾ト謂フヘク當事者ノ不便察スヘキナリ

夫レ登記ハ之ニ因リテ以テ權利ノ設定、消滅及ヒ變更ヲ生スルモノニ非ス唯之ニ對スル公示方法ニ過キサルカ故ニ之ヲ爲スト否トハ當事者ノ任意ニ屬スル場合多シト雖モ船舶ノ登記ニ付テハ之ヲ航行ノ用ニ供スル前ニ當リ必ス之ヲ爲ササルヘカラス何トナレハ船舶法第六條ニ依ルニ同施行細則第四條ニ列擧シタル場合等ヲ除クノ外船舶國籍證書又ハ假船舶國籍證書ヲ請受ケタル後ニ非サレハ船舶ヲ航行ノ用ニ供スルコトヲ得ス然ルニ國籍證書ヲ請受クルニハ必ス船舶ノ登錄ヲ爲スコトヲ要シ登錄ヲ申請スルニハ先ヲ登記ヲ受ケテ而シテ後登錄申請書ニ登記ノ謄本ヲ添附スルコトヲ必要トスレハナリ(船舶法第五條竝ニ同施行細則第一七條)此ノ如ク航行前ニ在リテ必ス登記セサルヘカラス故ニ航行ノ用ニ供シ得ルコトハ登記ノ間接ノ效果ト謂フモ可ナリ換言スレハ登記ヲ爲ササル制裁トシテ船舶ヲ航行ノ用ニ供スルコトヲ得サルナリ然リト雖モ船舶ノ登記ハ如何ナル小船ト雖モ皆之ヲ行フコトヲ必要トスルニ非ス西洋形船總噸數二十噸未滿、日本船積石數二百石未滿ノモノハ登記ヲ受クルコトヲ要セス(第五四〇條第二項)蓋シ此等ノ小船ハ遠洋ニ航行スヘキモノニ非ス又

登記ニ依リテ私權ノ證明ヲ爲ス程ノ必要アルモノニ非サレハナリ

西洋形船ノ積量一噸トハ百立方尺ヲ謂ヒ日本形船ノ積量一石トハ十立方尺ヲ謂フ故ニ西洋形船ノ二十噸ハ日本形船ノ二百石ニ恰當スルモノナリ又總噸數トハ登簿噸數ニ對スル語ニシテ西洋形船ノ甲板一層若クハ二層ノモノハ量噸甲板下ノ噸數ニ量噸甲板上諸室ノ噸數ヲ合セタルモノヲ謂ヒ又甲板三層以上ノ船舶ニ在リテハ量噸甲板下ノ噸數ニ量噸甲板上各甲板間ノ噸數及ヒ最上甲板上諸室ノ噸數ヲ合セタルモノヲ謂フ量噸甲板トハ西洋形船ニシテ甲板一層ノモノハ其甲板ヲ謂ヒ甲板二層ノモノハ上層ノ甲板ヲ稱シ甲板三層以上ノモノハ其最下ヨリ第二層ニ在ルモノヲ謂フナリ而シテ登簿噸數トハ汽船ニ付テハ總噸數ヨリ乘組人常用室及ヒ機關室ノ噸數ヲ除キタルモノヲ謂ヒ帆船ニ付テハ總噸數ヨリ乘組人常用室ノ噸數ヲ除キタルモノヲ謂フ(明治十七年四月二十四日第十號布告船舶積量測度規則)

船舶登記ノ管轄裁判所、登記簿、船舶所有權、抵當權、貸借權ニ關スル登記ノ手續就中登記事項、登記ノ抹消等ニ付テハ船舶登記規則ニ於テ詳細ニ之ヲ規定シ又船

船登錄ノ手續、船舶國籍證書記載ノ事項等ニ付テハ船舶法施行細則ニ於テ詳細ニ之ヲ規定シタルカ故ニ就テ看ルヘシ今更メテ茲ニ之ヲ抄出セス

從來ハ西洋形船ニ在リテハ登簿船免狀、日本形船ニ在リテハ船鑑札ナルモノヲ受有シ以テ前述シタル船舶國籍證書ノ用ニ便シツツアリ然レトモ其記載事項ハ極メテ不完全ノモノナルカ故ニ船舶法ノ施行以後ハ該法ニ從ヒテ船舶國籍證書ヲ受有スヘキ資格アル船舶ニ在リテハ同法施行細則ニ從ヒテ更ニ登錄ヲ爲シ且船舶國籍證書ヲ請受クルコトヲ要スルナリ船舶法第三七條

第五節　船舶ノ讓渡

船舶ノ所有權取得ノ方法ニハ種種アリ之ヲ大別シテ原始的取得ト移轉的取得トノ二種ト爲スヘシ而シテ原始的取得ノ中ニハ船舶ノ製造、捕獲アリ移轉的取得ノ中ニハ讓渡、相續、時效等アリ然レトモ民法ノ一般規定ノ適用ヲ以テ足レリトスル事項ニ付テハ舊商法ニ於テハ船舶所有權ノ取得及ヒ移轉ナル一節ヲ設ケテ特ニ詳細ナル規定ヲ爲セリト雖モ商法ハ之ヲ刪除シタルカ故ニ民法ノ講義ニ讓リテ今茲ニ之ヲ述ヘス又捕獲ノ如キハ國際公法ニ於テ研究スヘキ事項ニ屬ス故ニ茲ニハ商法ニ於テ特別規定ヲ設ケタル船舶所有權取得ノ一方法ナル船舶ノ讓渡ノミニ付テ之ヲ述フヘシ

商法第五百四十一條ニ曰ク

船舶所有權ノ讓渡ハ其登記ヲ爲シ且船舶國籍證書ニ之ヲ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

舊商法第八百三十五條ニテハ賣買其他ノ法律行爲ニ因リテ船舶所有權ヲ取得スル契約ハ必ス特ニ作レル契約證書ヲ以テ之ヲ取結フヘキモノトシ證書ノ作成ナクンハ契約ハ成立セサルナリ然レトモ商法ハ商事契約ノ成立要件トシテ形式ヲ要セサルコトヲ以テ通則トセルカ故ニ舊商法ノ如ク證書作成ヲ契約成立ノ要件トスルコトハ之ヲ廢止セリ故ニ船舶ノ讓渡ニ付テモ當事者ノ意思表示ノミニテ所有權ハ直チニ移轉スルコトヲ得ルナリ然レトモ第三者ニ對スル公示方法トシテハ民法ニ於テ不動產ニ付テハ第百七十七條ヲ設ケ不動產物權ノ得喪及ヒ變更ハ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト

ヲ得サルモノトシ動産ニ付テハ第百七十八條ヲ設ケテ動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動産ノ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトシタルト均シク船舶ノ讓渡ニ付テモ亦或手段ヲ取ラサルヘカラス然ルニ船舶ハ一般ノ動産ト異ナリ其價モ尊ク又其數モ少キカ爲メニ既ニ登記ノ設アリ故ニ民法第百七十八條ニ對スル特別規定ヲ設ケ該讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗セントスルニハ登記ヲ爲シ且船舶國籍證書ニ其旨ヲ記載スルコトヲ要ストシタルナリ

尙ホ第五百四十一條ニ付テ注意スヘキコトハ同條ニハ廣ク船舶所有權ト云フト雖モ該船舶ノ中ニハ前條第二項ニ依リテ除外シタル總噸數二十噸未滿又ハ積石數二百石未滿ノ船舶ハ包含セサルモノト知ルヘシ何トナレハ此等ノ小船ニ對シテハ登記ノ制ナク又國籍證書ヲ下付スヘキモノニ非サレハナリ隨テ此等ノ小船ノ讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ民法第百七十八條ニ依リ船舶ノ引渡ヲ爲スコトヲ要スルナリ

商法ハ又航海中ニ在ル船舶ノ讓渡ニ付キ特別規定ヲ設ケタリ即チ第五百四十二條ニ曰ク

航海中ニ在ル船舶ノ所有權ヲ讓渡シタル場合ニ於テ特約ナキトキハ其航海ニ因リテ生スル損益ハ讓受人ニ歸スヘキモノトス

蓋シ航海中ニ在ル船舶ヲ讓渡シタルトキハ既ニ其航海ニ因リテ損益ヲ生スヘシ而シテ其損益ハ何人ニ歸スヘキモノナリヤノ問題ヲ生ス恰モ民法第八十九條ニテ果實ノ取得者ヲ定ムル必要アリタルト同一ナリ此場合ニ於テ民法第八十九條第二項ニ於テ法定果實ヲ日割ヲ以テ取得スルモノトシタルカ如ク船舶讓渡ノ日ヲ以テ限界トシ其前後ニ依リテ損益ノ歸屬者ヲ定ムヘキカ外國ノ立法例中往往此ノ如キ制ヲ採ルモノナキニ非スト雖モ航海中ノ損益ハ前後不同ニシテ時ノ前後ヲ以テ猥ニ之ヲ分割スヘカラス例ヘハ航海ノ前半ニハ暴風雨多ク航海費用ヲ多ク使用シタルニ後半ハ平穩ニシテ費用極メテ少額ナリシカ如キコトハ常ニ之アル所ナリ故ニ若シ偶然ノ期日ニ依リテ其前後ヲ分チ以テ損益ノ歸屬者ヲ定ムルトキハ僅ニ利益ヲ多ク取得スル者ト少ク取得スル者トヲ生スル虞アルノミナラス甚シキハ一方ニハ利益ノミヲ取得スル者ヲ生シ

他方ニハ損失ノミヲ負擔スル者ヲ生スヘシ是レ極メテ不公平ナル結果ニシテ特約ナキ場合ニ於ケル當事者ノ意思ニ反スルコト多カルヘシ當事者ノ意思ヲ推測スルニ讓渡人ニ在リテハ讓渡ノ日ヨリ總テ船舶ニ關スル利害ヲ脫スルノ考ナルヘク讓受人ニ在リテハ航海中ノモノヲ讓受クル程ナルカ故ニ該航海ニ因リテ生スル損益ハ總テ之ヲ引受クル考ナルヘシ仍テ航海中ノ損益ハ之ヲ一團トシテ總テ讓受人ニ歸スヘキモノト爲シタルナリ

而シテ本條ハ唯讓渡人ト讓受人トノ關係ヲ規定シタルモノニ過キサルカ故ニ讓渡人又ハ讓受人カ第三者ニ對スル關係ハ之カ爲メニ變更ヲ受ケス例ヘハ讓渡人カ當該航海準備トシテ石炭ヲ買入レ爲メニ第三者ニ債務ヲ負ヘル場合ノ如キ其債務ハ依然トシテ讓渡人ノ債務ナリ唯該石炭費用ヲ讓受人ヨリ讓渡人ニ償フヘキノミ

又本條ハ「航海ニ因リテ生スル損益」ト云フカ故ニ航海ノ事業ヨリ生シタル損益ヲ稱スルモノニシテ船舶自體ノ毀損ヨリ生スル損益ノ如キハ此中ニ包含セス例ヘハ船舶自體ニ隱レタル瑕疵アリタル場合ノ如キ又ハ船體自身カ讓渡ノ當時全ク沈沒シ居リシ場合ニ於テ讓渡人カ之ニ對シテ擔保義務ヲ負フコトノ如キハ總テ皆民法ノ一般規定ニ從ヘキモノナリ又損益ト云フハ畢竟航海事業ヨリ取得シタル總收入ト總支出トノ差異ヨリ生スル結果ニシテ之ヲ讓受人ニ歸屬セシムルモノナリ

終ニ時效ニ因リテ船舶ヲ取得スル事柄ニ付キ舊商法カ第八百三十七條ヲ設ケ其但書ニ於テ「船長ハ時效ニ因リテ船舶ヲ取得スルコトヲ得ス」ト規定シタルニ商法カ之ヲ刪除シタル理由如何今序ヲ以テ之ニ付キ一言スヘシ

抑モ舊商法第八百三十七條但書ヲ設ケタル所以ハ他ナシ船長ト雖モ若シ時效ニ因リテ船舶ヲ取得シ得ルモノトセハ船長ハ遠ク海外ニ航行シ以テ全ク所有者ノ干涉ヲ免レ遂ニ取得時效ノ期間ヲ經過スルノ惡所爲ヲ行フコトナキヲ保シ難キヲ慮レタルニ由ルモノナリ然リト雖モ新民法ニ於テハ取得時效ノ要件ヲ定メテ二十箇年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有スルコトヲ必要ト爲シタリ然ルニ船長カ故意ニ船舶所有者ノ干涉ヲ離レ船舶所有者カ遙隔ノ地ニ在リテ到底其力ノ及ハサルヲ奇貨トシ遠洋ニ航行シ居ル場合ノ如

キハ是レ決シテ平穩ノ占有ト謂フコトヲ得ス且又二十年ノ久シキ遠洋ニ航行スルモ必スヤ外國ノ諸港ニ入津スルノ機アルヘシ斯ル場合ニ於テ船舶ハ必スルカヲ必ス記載セサルヘカラス然ルニ國籍證書ニハ船舶所有者ノ何人タシアルモノニシテ現占有者タル船長ノ氏名ヲ記載セス是レ豈ニ公然ノ占有ト謂フコトヲ得ンヤ殊ニ他方ニ於テ船舶所有者ノ爲メニ種種ノ救濟手段アリ例ヘハ船舶所有者ハ何時ニテモ船長ヲ解任スルコトヲ得第五七四條又船長カ船舶所有者ニ對スル義務ヲ怠リタルトキハ之ヲ賠償セシムルコトヲ得第五五八條其他船員法ニ於テハ船長ニ對スル幾多ノ監督ノ規定アリ故ニ船長ハ事實ニ於テ時效ニ因リテ船舶ヲ取得スルコト能ハサルナリ是レ特ニ商法カ前掲シタル舊商法ノ如キ規定ヲ設ケサル所以ナリ

第六節　船舶ノ差押及ヒ假差押

船舶ノ差押及ヒ假差押ハ獨リ船舶ノ上ニ先取特權、抵當權ノ如キ優先權ヲ有ス

罰ヲ科スルモノニシテ、前述ノ如キ職務上ノ利益如何ヲ考察スルノ餘地ヲ有セズ、隨テ懲戒罰ノ性質ニ反スルガ如シ。然レドモ懲戒裁判所ニ於テ懲戒ヲ科スル場合ハ通常普通ノ上官ノ請求アルニ非ラザレバ懲戒裁判ヲ開始スルコトヲ得ザルヲ原則トス、而シテ上官ガ之ヲ請求スルニ方リテハ上官ニ於テ先ヅ之ヲ科スルト否トノ利害ヲ考察スルモノナルヲ以テ懲戒罰ガ目的罰タルノ性質ハ之ガ爲メニ妨ゲラルルコトナキナリ。若シ之ニ反シテ懲戒裁判所ニ於テ自ラ其ノ裁判ヲ開始スルノ權ヲ有スル場合ニ於テハ其ノ判決ハ直チニ效力ヲ生ズルコトナク、其ノ判決ヲ執行スルト否トガ上官ノ職權ニ委任セラレ、之ニ依リテ上官ハ之ヲ科スルノ利害ヲ考察スルコトヲ得。懲戒罰ハ服務要求權ニ基ク處罰ナルヲ以テ、服務要求權ニシテ消滅スルトキハ懲戒權モ亦當然消滅ス。隨テ官吏ハ其ノ官吏關係ノ消滅後ニ於テハ官吏ノ在職中ノ所爲ニ對シ如何ナル場合ニ於テモ懲戒罰ヲ受クルコトナキヲ原則トス。唯之ニ對スル一ノ例外ハ服務關係ニ基キテ取得シタル權利ハ、服務關係ノ消滅後ニ於テモ懲戒罰ニ依リテ之ヲ剝奪スルコトヲ妨ゲザルナリ。例ヘバ官吏ノ恩給、

位階、尊號ノ類ハ官吏關係ノ消滅後ニ於テモ在職中ノ所爲ニ基キ之ヲ剝奪スルコトヲ得。

懲戒權ハ當ニ官吏關係ノ消滅ニ因リテ消滅スルノミナラズ、懲戒權ノ所屬ノ變更ニ因リテ消滅ス。懲戒權ノ所屬ガ變更スル最モ明瞭ナル場合ハ、國家ノ官吏ガ自治團體ノ吏員ニ轉ジ、又ハ自治團體ノ吏員ガ國家ノ官吏又ハ他ノ自治團體ノ吏員ト爲ル場合ナリ。此ノ場合ニ於テハ前ノ服務要求權ハ消滅シテ新ナル服務要求權ガ之ニ代ルモノナルヲ以テ、前官ノ在職中ニ於ケル所爲ニ對スル懲戒權ハ其ノ轉任ニ因リテ當然消滅ス。

之ト同ジク又等シク國家ノ官職ニテモ官職ノ種類ニ應ジテ特別ノ懲戒官廳アル場合ニ於テハ、一ノ所屬ヨリシテ他ノ所屬ニ轉任スルトキハ、前ノ懲戒權ハ當然消滅スルモノナリ。例ヘバ裁判官ニハ裁判官ニ特別ナル懲戒官廳アリ武官ニハ武官ニ特別ナル懲戒官廳アリ行政官、會計檢査官、行政裁判官ハ各、又其ノ所屬ノ懲戒權ヲ有ス。武官ニシテ行政官ニ轉任スルトキハ武官在職中ノ所爲ニ對スル懲戒權ハ其ノ轉任ニ因リテ當然消滅ス。

第五節　官吏ノ權利

官吏ノ權利ハ明ニ官吏ノ職務權限ト區別スルコトヲ要ス、國家ノ機關トシテハ官吏ハ人格ヲ有スルモノニ非ラズ、機關トシテノ行動ハ官吏ノ權限ニシテ其ノ權利ニハ非ラズ、官吏ノ權利トハ官吏ガ一ノ人格トシテ國家ニ對シテ有スル所ノ權利ヲ云フナリ。

官吏ノ權利ハ之ヲ官吏ガ其ノ地位ニ對スル權利ト官吏ノ財產上ノ權利トニ區別スルコトヲ得。

此ノ二種ノ權利ノ外尙ホ官吏ノ權利トシテ特別ノ保護ヲ受クルノ權利ヲ數フルヲ例トス。保護ヲ受クルノ權利トハ刑法上官吏ノ職務ニ對スル抗拒罪又ハ官吏侮辱罪ヲ特別ノ犯罪トシテ所罰セラレ、又ハ警察權ニ依リテ官吏ノ職務執行ヲ保護セラルルヲ云フナリ。然レドモ刑罰及ビ警察ニ基ク保護ハ何レノ場合ニ於テモ常ニ專ラ公益ノ爲メニスルモノニシテ個人ノ利益ノ爲メニスルニ非ラズ。之ニ因リテ官吏ノ受クル所ノ利益ハ單純ナル法ノ反射ニシテ權利ニ非ラズ。

之ヲ官吏ノ權利ノ中ニ數フルハ當ヲ得タルモノニ非ラズ。

官吏ガ其ノ地位ニ對スル權利トハ官吏タルノ地位ヲ國家ヨリ承認セラルルノ權利ナリ。此ノ權利ハ官吏ガ其ノ地位ヲ奪ハレザルノ權利トハ同ジカラズ、官吏ノ地位ハ往往法規ニ依リテ保障セラレ其ノ意思ニ反シテ免官セラルルコトナキコトヲ規定セラルルコトアリ。此ノ場合ニ於テ官吏ハ國家ヨリ其ノ地位ヲ奪ハレザルノ權利ヲ有ス。然レドモ此ノ如キ地位ノ保障ナキ場合ニ於テモ少クトモ官吏關係ノ存續中ハ官吏ハ常ニ官吏トシテ國家ノ承認ヲ受ケ官吏トシテノ待遇ヲ受クルノ權利ヲ有ス。所謂地位ニ對スル權利トハ即チ此ノ地位ノ承認ヲ請求スルノ權ヲ云フナリ。

地位ニ對スル權利ノ外官吏ハ尙ホ國家ニ對シテ財產上ノ請求權ヲ有スルヲ通常トス。財產上ノ請求權ハ必ズシモ官吏關係ニ伴フ必要條件ニハ非ラズ、就中名譽職ニ在リテハ之ヲ有セザルヲ原則トス。然レドモ專任職ニ在リテハ通常此ノ財產上ノ請求權ヲ伴フ。

官吏ノ財產上ノ請求權ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得、一ハ俸給及ビ恩給、遺族扶助料、一時賜金ニシテ、二ハ職務上ノ實費辨償ナリ。

第一　俸給及ビ恩給其他

官吏ガ國家ニ對シテ服務義務ヲ負フニ對シテ國家ヨリハ又官吏ニ對シテ金錢給付ノ義務ヲ負フ。此ノ金錢給付ノ義務ハ或ハ官吏關係ノ繼續中ニ行ハルルモノアリ、或ハ官吏關係ノ消滅後ニ於テ發生スルモノアリ。官吏關係ノ繼續中ニ於ケル金錢給付ノ義務ハ俸給ニシテ、其ノ消滅後ニ於ケル金錢給付義務ハ一時賜金、遺族扶助料及ビ恩給ナリ。

俸給ノ性質ニ關シテハ舊時ノ學說ハ一般ニ之ヲ私法上ノ權利ト看做セリ。官吏關係ガ公法上ノ關係ナルコトノ普ク認メラルルニ至リテヨリ後モ、財產權ハ常ニ私權ナリトノ思想ニ基キテ、俸給ノ請求權ハ仍ホ常ニ私法上ノ權利ト看做サレタリ。此ノ思想ニ基キ獨逸ニ於テハ俸給ニ關スル訴訟ハ今日ニ於テモ仍ホ民事裁判所ノ管轄ニ屬ス。然レドモ財產上ノ權利ニテモ必ズシモ公法上ノ權利タルコトヲ妨ゲザルハ嘗テ述ベタルガ如シ、俸給ハ公法上ノ關係ニ基キテ發生スル權利ナルヲ以テ其ノ必然ノ結果トシテ俸給モ亦公法上ノ權利ナリ。俸給ガ私

法上ノ權利ナリト認メタリシ學者ハ官吏ノ任命ト同時ニ之ト相竝ビテ私法上ノ俸給契約ノ締結セラルルモノナリ、ト看做セシナリ。即チ國家ト國庫トヲ以テ二箇ノ別箇ノ人格ト爲シ、國家ガ其ノ公法上ノ行爲ニ因リテ官吏ヲ任命スルト同時ニ、國庫ハ之ト私法上ノ契約ヲ締結シテ俸給ヲ支拂フノ義務ヲ約束スルモノナリトシタルナリ。然レドモ俸給ノ義務ヲ負フ所ノ國家モ亦官吏ヲ任命スル國家ト同一ノ國家ニシテ決シテ二箇ノ別箇ノ人格ニハ非ラズ、又同一ノ人格ガ他ノ資格ヲ以テスルモノニモ非ラズ。官吏ヲ任命スルハ統治權ノ主體タル國家タルト等シク、俸給ノ義務ヲ負フモ亦等シク統治權ノ主體タル國家ナリ。國家ガ對等ノ地位ニ於テ俸給ノ義務ヲ負フニ非ラズシテ等シク優勝ナル權力ノ主體トシテ其ノ義務ヲ負擔スルモノナリ。隨テ俸給ハ公法上ノ權利ナリ。俸給ガ公法上ノ權利タルノ性質ヲ明カニスルカ爲メニ、近時ノ學者ハ往往俸給ノ性質ヲ以テ專ラ國家自身ノ利益ノ爲メニ支給セラルルモノナリトスル者アリ。然レドモ總テ權利ハ公法上ノ權利タルト私法上ノ權利タルトヲ問ハズ、權利者ノ利益ヲ保護スルガ爲メニ認メラルルモノナルヲ以テ、權利ト言ヘバ必ズ權利者ノ利益ガ之ニ依リテ保護セラルルモノナルコトヲ其ノ觀念ノ要素ト爲ス。俸給ヲ以テ專ラ國家ノ利益ノ爲メニ與ヘラルルトスルハ俸給ガ權利タル性質ニ矛盾スルモノナリ。俸給ガ公法上ノ權利ナリト云フハ專ラ其公法上ノ關係ヨリ生ズル權利タルガ故ナリ、國家自身ノ利益ノ爲メニ與ヘラルル故ニ非ラズ、其ノ實質上ノ性質ニ於テハ俸給ハ全ク民法上ノ雇傭契約ニ於ケル賃銀ト異ナル所ナシ。之ニ依リテ官吏ヲシテ之ヲ自己ノ職業ト爲スコトヲ得セシメ、即チ其ノ生活ノ經濟上ノ條件ヲ充タスコトヲ得セシムルモノナリ。約言スレバ俸給トハ官吏ノ服務義務ニ對スル國家ノ金錢上ノ反對給付ニシテ、其ノ服務義務ノ繼續中、國家ニ於テ其ノ義務ヲ負ヒ定期ニ辨濟期ニ達スルモノヲ謂フ。恩給ハ其ノ他官吏關係ノ消滅後ニ於テ發生スル金錢給付ノ義務ニ付テモ其ノ性質ニ於テハ全ク俸給ト異ナル所ナシ。其ノ異ナル所ハ唯一ハ服務義務ノ繼續中ニ在ルト、一ハ其ノ消滅後ニ在ルト、一ハ官吏自身ガ常ニ其ノ權利ノ主體ナルト、一ハ場合ニ依リ官吏ノ遺族ガ其ノ權利ノ主體タルコトアルトノ差異アルノミ、即チ恩給其ノ他ノ金錢給付ハ又等シク公法上ノ權利ニシテ服務義務ニ對スル

國家ノ反對給付ナリ。官吏ハ其ノ在職中全力ヲ擧ゲテ國家ノ爲メニ奉ズルモノナルヲ以テ、俸給以外ニハ他ノ所得ノ淵源ヲ有スルコト能ハズ。隨テ在職長キニ亘ルトキハ官吏關係ノ消滅後ニ於ケル自己ノ生活又ハ遺族ノ生活ヲ維持スベキ經濟上ノ資本ヲ貯蓄スルノ餘裕ナキヲ以テ、國家ハ特ニ官吏關係ノ消滅後ニ於テモ其ノ在職中ノ服務ニ對スル報酬トシテ此ノ金錢給付ノ義務ヲ負フナリ』

恩給其ノ他官吏關係ノ消滅後ニ於テ發生スル財產上ノ請求權ハ、總テノ原因ニ因ル官吏關係ノ消滅ニ因リテ當然發生スルモノニ非ラズ。官吏ガ自己ノ任意ニ依リテ其ノ職ヲ辭シタル場合ニ於テハ此等ノ財產請求權ハ總テ發生スルコトナシ。之ニ反シテ官吏關係ガ官吏ノ死亡又ハ老年若クハ疾病ニ因ル職務不能力若クハ國家ノ方面ヨリスル解職ニ因リテ消滅セル場合ニ於テハ、懲戒處分ニ因ル解職ノ場合ノ外ハ常ニ此ノ請求權ヲ發生ス。

第二　實費辨償

官吏ハ其ノ服務義務ノ履行ニ關連シテ支出シタル特別ノ費用ヲ充タスガ爲メニ實費辨償ヲ請求スルノ權ヲ有ス。

原則トシテハ國家ハ官吏ノ服務義務ノ履行ノ爲メニ必要ナルベキ一切ノ設備ヲ設ケ、職務履行ノ爲メニ官吏ガ自己ノ費用ヲ支出スルノ必要ナカラシムルヲ常ト爲ス。官吏ノ執務ニ必要ナル總テノ物質上ノ手段ハ、國家ガ自ラ之ヲ備附クルナリ。此ノ目的ノ爲メニ國家ハ執務ノ場所タル官衙ヲ設ケ、机ヲ備ヘ、椅子ヲ給シ、其ノ他什具、武器等ヲ備附ケ以テ官吏ノ使用ニ供ス。時トシテハ官吏ノ爲メニ一身上ノ利益ヲモ與フ。例ヘバ其ノ官吏ノ一身及ビ家族ノ住居ノ爲メニ官宅ヲ給シ、執務時間中ニ燈火及ビ暖爐ヲ供シ、職務上ノ制服ヲ給與スルガ如キ是ナリ。

實費辨償ノ行ハルルハ唯此等ノ設備ガ官吏ヲシテ總テノ特別ノ費用ヲ免レシムルニ十分ナラザル場合ニ於テノミナリ。此ノ種ノ實費辨償ニ屬スルモノハ旅費、日當宿泊料、轉任手當馬匹飼養料、外交官ノ在勤手當ノ類是ナリ。實費辨償ハ出張ノ命令、轉任、特定ノ官職ニ對スル任命等總テ此ノ如キ費用ヲ生ズベキモノトシテ認メラレタル事實ニ伴ヒ當然豫メ定メラレタル一定ノ率ニ從ヒテ支給セラルルモノナリ。其ノ費用ノ果シテ實際ニ生ジタルヤ否ヤ又ハ其ノ額ノ如何等ハ問フ所ニ非ラズ。

第六節　官吏關係ノ消滅及ヒ變更

官吏關係ハ官吏ノ死亡ニ因リテ消滅スルノ外或ハ官吏自身ノ意思ニ因リテ消滅シ或ハ國家ノ意思ニ因リテ消滅ス。

(一)　官吏ハ何時ニテモ其ノ職ヲ辭スルノ權利ヲ有ス、是レ法ノ明文ニ依リテ定メラレタル所ニハ非ズト雖モ、慣習法ニ依リテ一般ニ認メラルルノミナラズ、官吏關係ノ性質ヨリ生ズル當然ノ結果ナリ。官吏ハ其ノ全力ヲ盡シテ國家ニ奉ズベキ義務アルモノナリ、此ノ如キ義務ハ官吏ノ意思ニ反シテ强制シテ其ノ職務ヲ執ラシムルコトニ依リテ其ノ目的ヲ達シ得ベキニ非ズ。若シ官吏ニシテ其ノ職ヲ辭スルノ自由ヲ有セズトセバ官吏ハ奴隷ト異ナルナキナリ。

官吏ガ其ノ職ヲ辭スルノ權利ヲ有スト云フハ官吏ガ辭職ノ意思ヲ表示スルニ由リテ官吏關係ガ當然消滅スト云フニ非ズ。官吏關係ハ常ニ國家ガ其ノ辭職ヲ聽許スルニ由リテ消滅ス。官吏ガ辭職ノ權利ヲ有スト云フハ官吏ガ國家ニ對シテ其ノ解職ヲ請求スルノ權ヲ有スト云フノ意義ニ外ナラズ。換言スレバ官吏ガ

其ノ解職ヲ請求セルトキハ國察ハ必ズ之ヲ解職スルノ義務ヲ有ス、其ノ辭職ヲ聽許スルト否トノ自由ヲ有セザルナリ。

官吏關係ハ辭職ノ聽許ニ因リテ消滅スルモノナルヲ以テ、官吏ノ總テノ權利及ビ義務ハ辭職ノ聽許ニ至ルマデ繼續ス、故ニ辭職ノ意思ヲ表示シタルニ拘ハラズ其ノ聽許セラルルニ至ルマデハ官吏ハ仍ホ職務執行ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ズ。

官吏ガ解職ヲ請求スルトキハ國家ハ直チニ之ヲ解職スルコトヲ原則トシ其ノ請求ヲ拒絶スルハ不法ナリ。然レドモ不法ナルニ拘ハラズ服務關係ハ仍ホ其ノ請求ノ聽許セラルルニ至ルマデハ有效ニ存續スルモノナリ。

然レドモ場合ニ依リ國家ハ官吏ノ請求ニ拘ハラズ一時其ノ解職ヲ猶豫スルノ權利ヲ有スルコトアリ。官吏ノ請求ニ拘ハラズ國家ガ其ノ辭職ヲ聽許セザルコトヲ得ル場合ハ或ハ法ノ明文ニ於テ規定セラルルコトアリ、此ノ如キ明文アル場合ニ於テハ疑ヲ容レザルモ、明文ナキ場合ト雖モ此ノ如キ權利ヲ有スルコトアリ。如何ナル場合ニ於テ國家ガ辭職ヲ聽許セザルコトヲ得ルヤノ問題ニ關シ

テハ明ニ其ノ範圍ヲ限ルコトヲ得スト雖モ、民法上ノ原則ニ於テ雇傭契約ノ當事者ノ一方ガ不當ノ時期ニ於テ解職ヲ請求スルトキハ相手方ハ其ノ解約ヲ拒絶シ得ルノ權利ヲ有スルノ原則ハ此ノ場合ニ於テモ亦其ノ大體ノ標準ト爲スコトヲ得。就中官吏ガ懲戒處分ニ相當スベキ所爲アル場合ニ於テ未ダ懲戒罰ノ決定ニ至ラザルトキ、上官ノ命令ニ依リ特定ノ事務ヲ執行スベキ義務ヲ負擔シ未ダ其ノ執行ヲ了ラザルトキ等ノ場合ニ於テハ國家ハ當然一時其ノ辭職ヲ聽許セザルコトヲ得ベシ。

(二) 國家ノ方面ヨリスル免官ニ付テハ我國ノ舊時ノ法ハ原則トシテ何時ニテモ國家ノ單意ニ依リテ之ヲ免官シ得ベキコトヲ認メタルモ、最近ニ至リ種種ノ法ノ規定ニ依リテ官吏ノ地位ノ保障ヲ設ケ、國家ヲシテ官吏ノ意思ニ反シテ之ヲ免官スルコトヲ得ザラシメタリ。法ノ明文ニ依リ此ノ如キ地位ノ保障ナキ場合ニ於テハ今日ニ於テモ國家ハ何時ニテモ自己ノ單意ニ依リテ官吏ヲ免官スルコトヲ得。然レドモ法ハ裁判官ニ付テハ憲法ノ規定及ビ裁判所構成法ニ依リ、文官ニ付テハ文官分限令ニ依リテ官吏ハ懲戒處分其ノ他法ニ定メタル一定ノ

財團債權者ハ其有スル債權ト自己ノ債務ニシテ破産財團ニ屬スル債權タルモノト相殺スルコトヲ得ベシ何トナレハ之カ爲メニ破産債權者間ノ平等關係ヲ害スルコトナケレハナリ

(b) 破産者ノ債務者カ破産宣告ノ後破産者ニ對シ債權ヲ取得シタルトキ例ヘハ破産宣告後破産者ト取引ヲ爲シタル結果トシテ債權ヲ取得シタルトキ又ハ破産者ノ債務者カ破産宣告前ニ他人ノ爲メニ發生シタル債權ヲ破産宣告後ニ取得シタルトキ例ヘハ破産宣告前ニ既ニ破産者ニ對シテ成立セル債權ヲ其債權者ヨリ破産宣告後ニ讓受ケタルトキハ(有償無償又ハ善意惡意ノ區別ヲ問ハス)破産者ノ債務者ハ其取得シタル債權ト其負擔セル債務トヲ相殺スルコトヲ得ス蓋シ前者ノ場合ニ於テハ破産者ト爲シタル取引ハ破産財團ニ對シテ無效ニシテ(商法第九八五條)又後者ノ場合ニ於テハ前主ハ破産宣告ノ效力トシテ其有スル債權ニ對スル配當ヲ受クル權利ヲ有スルニ過キサレハナリ(破産法案第八四條第二項獨逸破産法第五五條其他破産者ノ債務者カ支拂ノ停止(破産法案ニ於テハ破産ノ申立ヲ支拂停止ト同視シタリ)アリタ

ルコトヲ知リテ破産者ニ對シ債權ノ讓渡ノ如キ行爲ニ基キテ債權ヲ取得シタルトキハ破産者ノ債務者ハ其取得シタル債權ト其負擔シタル債務トヲ相殺スルコトヲ得ス是レ蓋シ然ラスシハ相殺カ破産債權者ヲ詐害スルノ器具ト爲ルニ至ルヲ以テナリ破産者ノ債務者カ支拂ノ停止アリタルコトヲ知リ且該債務者ノ有スル債權カ支拂ノ停止後ニ發生シタルトキ亦然リ(商法第九九五條第二項、破産法案第八四條第三項、碼逸破産法第五五條)

債權ノ取得カ相續ニ基クトキハ破産者ノ債務者ハ相續ニ因リテ取得シタル債權ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得ス何トナレハ前主ハ其債務者ニ對シ破産宣告アリタルニ因リ破産手續ニ從ヒテ配當額ヲ受クルノ外ニ何等ノ權利ヲ破産財團ニ對シテ有セサルヲ以テナリ然レトモ債權ノ取得カ破産者ノ債務者ニ於テ支拂ノ停止アリタルコトヲ知リタル時ヨリ前ニ生シタル原因ニ基クトキハ之ニ因リテ取得シタル債權ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得例ヘハ保證人及ヒ手形ノ裏書人カ主タル債務者又ハ前者ノ支拂停止ヲ知ラサル以前ニ於テ保證債務ヲ負ヒ又ハ手形ノ裏書人ト爲リタルトキハ主タル債務者又ハ前者ノ破産宣告後之ニ對スル求償權又ハ償還請求權ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得ルカ如シ何トナレハ斯ル權利ハ其性質上之ヲ停止條件附債權ト同視スヘキモノナレハナリ但破産法案ニ依レハ債權ノ取得カ法定ノ原因例ヘハ相續ニ基クトキ又ハ債務者カ支拂ノ停止若クハ破産ノ申立アリタルコトヲ知リタル時ヨリ前ニ生シタル原因例ヘハ保證ニ基クトキハ破産者ノ債務者ハ相續ニ因リテ取得シタル債權又ハ保證ニ基ク求償權ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ヘシ蓋シ斯ル場合ニ於テハ破産債權ヲ詐害スル不當ノ行爲存セサルヲ以テナリ

破産債權者カ其債務者甲ノ破産宣告前ニ於テ甲ニ對シ其債務者乙ノ爲メニ保證債務ヲ負ヒタルトキハ破産債權者ハ甲ノ破産宣告後乙ノ無資力ノ爲メニ保證債務ヲ履行スヘキトキニ當リテ破産債權ト保證債務トヲ相殺スルコトヲ得ヘキハ洵ニ明白ニシテ又破産債權者カ債務者ノ支拂停止後破産宣告前ニ於テ相殺ニ依リ特別ノ利益ヲ得ントスルノ意思ヲ以テ破産者ノ債務者ト爲リタルトキハ法律上別段ノ規定ナシト雖モ廢罷訴權ノ原則ノ適用トシ

ヲ民法第四二四條相殺ヲ許スヘキモノニ非サルコト固ヨリ當然ナルヘシ

(3) 相殺權ノ主張　相殺權ヲ有スル債權者ハ其權利ノ行使ニ因リテ破産者ニ對シテ有スル債權ニ付キ特別ノ辨濟ヲ受クルモノニシテ破産財團ニ屬スル一切ノ財産上ニ配當ヲ受クルモノニ非サルヲ以テ相殺權ノ行使ハ別除權ノ行使ト同シク管財人ニ對シ破産手續ニ依ラスシテ之ヲ爲スモノナリ(破産法案第七八條、民法第五〇六條獨逸破産法第五三條、同民法第三八八條)(1)相殺權ノ行使ハ管財人ニ對シテ之ヲ爲ス蓋シ管財人ハ破産財團ニ屬スル財産ニ付キ處分ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノナレハナリ相殺權ノ行使ハ破産債權ノ屆出ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ破産債權ノ屆出ハ破産裁判所ニ對シテ之ヲ爲シ管財人ニ對シテ之ヲ爲スモノニ非サレハナリ(2)相殺權ノ行使ハ民法ノ規定ニ從ヒ相殺ノ意思ヲ表示シテ之ヲ爲ス破産手續ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ス管財人カ債權者ニ對シ其債務取立ノ爲メニ訴ヲ提起シタルトキハ債權者ハ裁判上ニ於テ相殺ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ得又債權者ハ裁判外ニ於テ相殺ヲ爲スヘキ旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ得而シテ債權者カ裁判外ノ意思表示ヲ爲シタル以後ニ於テ管財人カ相殺スヘキ債權債務ノ存否及ヒ相殺權ノ有無ヲ爭ヒ債權者ニ對シ其債務カ既ニ相殺ニ因リテ消滅シタル旨ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得其他債權者ハ其債務カ相殺ニ因リテ消滅シタルコトヲ確定セシムルカ爲メニ管財人ニ對シ權利不成立ノ確認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(3)相殺權ノ行使ハ破産手續中何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ相殺ノ用ニ供スヘキ破産債權カ破産手續ニ從ヒテ確定シタルトキト雖モ亦然リ何トナレハ破産法ニ於テハ相殺權ノ行使ニ付キ時期ニ關スル制限ヲ設ケサルヲ以テ破産債權ノ確定ノ如キハ相殺權ノ行使ニ妨ナキモノト謂ハサルヲ得サレハナリ又相殺權ノ行使ハ債權者カ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ妨クルモノニ非ス債權者ハ相殺スヘキ自己ノ債務カ條件附ナルカ爲メニ、自己カ其存在ヲ爭フカ爲メニ又ハ相殺スヘキ自己ノ債權カ管財人ノ否認スル所ナルカ爲メニ豫メ相殺ノ效力ノ發生セサルコトヲ慮リ其有スル債權ニ付キ相殺權ヲ行使スルト同時ニ副位的ニ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得蓋シ法律上斯ル權能ヲ禁止シタルノ明文ナキヲ以テナリ

(4) 相殺權ノ消滅　相殺權ハ單ニ破産手續中有效ニ之ヲ行使スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ破産手續終結後ハ當然消滅ニ歸ス隨テ破産手續終結後ニ在リテハ民法ノ規定ニ從ヒテ相殺ノ能否ヲ定ムルモノトス(破産法ニ於テ於メタル相殺ノ擴張及ヒ其制限ハ唯破産手續中ニ其效力アルノミ)但、破産手續中破産法ニ基キテ爲シタル相殺權ノ行使ハ破産財團ニ對シテ效力アルハ勿論(商法第九九五條第一項……財團ニ對シテ其效用ヲ致サシムルコトヲ得)破産手續終結後ニ於テモ其效力ヲ存スルコト言ヲ俟タス

相殺權ヲ講了スルニ際シ特ニ注意スヘキモノハ破産債權ヲ消滅セシムルカ爲メニ之ト破産財團ニ屬スル破産者ノ債權トヲ相殺スルノ權能ハ管財人ニ專屬スルコト及ヒ破産債權者カ外國法ヲ利用シテ我破産法ノ認メサル相殺ヲ爲スヲ許ササルコト是ナリ第一、管財人ハ或破産債權ヲ消滅セシムルカ爲メニ之ト破産財團ニ屬スル破産者ノ債權トヲ民法ノ規定ニ從ヒテ相殺スルノ職權ヲ有ス他ノ破産債權者ハ斯ル權利ヲ有スルコトナシ又破産法ノ規定ニ依リテ相殺ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ斯ル相殺ハ破産財團ニ屬スル財産ノ處分ニシテ管財人ノ職權ニ專屬シ又商法第九百九十五條(破産法案第七九條乃至第八三條)ハ單ニ破産者ノ債務者ニシテ破産債權者タル者カ相殺權ヲ行フ場合ヲ行ハルル規定ナルヲ以テナリ而シテ管財人カ如何ナル場合ニ於テ相殺ヲ爲スモノナルヤノ問題ニ付テハ別段ノ規定ナシト雖モ相殺カ破産財團ニ有益ナル場合殊ニ破産債權カ優先權ニ依リテ擔保セラレタル場合又ハ破産債權者ノ財産的狀態カ破産者ノ財産的狀態ヨリ劣等ナル場合ニ於テ破産財團ノ爲メニ相殺ヲ爲スヘキヲ當然ナリトス、破産債權若クハ破産債權ニ屬セサル債權ト破産財團ニ屬セサル破産者ノ債權トノ相殺ハ民法ノ規定ニ從ヒテ其能否ヲ定メ又之ニ關スル意思表示ハ破産者ニ對シ又ハ破産者ヨリ之ヲ表示ス但破産債權者ハ一旦破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒタルカ爲メニ相殺ヲ爲スヲ妨ケラルルコトナシ其他財團債權ト破産債權者團體ニ屬スル債權トノ相殺ハ民法ノ規定ニ從ヒ其能否ヲ定メ又之ニ關スル意思表示ハ管財人ニ對シ又ハ管財人ヨリ之ヲ爲スヲ當然ナリトス第二、破産債權者カ外國居住ノ破産者ノ債務者ニ對シ直接又ハ間接ニ(第三者ノ手ヲ經由シテ)破産債權ヲ讓渡シ以テ斯ル債務者ヲシテ外國法ニ從ヒ

ヲ相殺ヲ爲スコトヲ得セシメ間接ニ破産手續ニ依ラスシテ辨濟ヲ受クルコトハ別除權ノ場合ニ於ケルト同シク之ヲ是認スルコトヲ得ス元來我破産法ハ當然外國ニ行ハルルモノニ非ス是ニ於テカ破産債權者ハ別除權ニ關シ説明シタルモノト同シク外國法ヲ利用シ外國ニ居住スル破産者ノ債務者ニ對シ破産債權ヲ讓渡シ我破産法ノ認メサル相殺ヲ外國法ニ從ヒテ外國ニ居住スル債務者ニ爲サシメ損失分擔ノ法則ノ適用ヲ避ケ以テ不當ノ利益ヲ占ムルコトナキヲ保セス故ニ獨逸破産法(第五六條)ニ於テハ何人ト雖モ破産手續開始後ニ於テ又ハ其開始前破産ノ申立若クハ支拂ノ停止アリタルコトヲ知リテ外國ニ居住スル破産者ノ債務者ニ破産債權ヲ讓渡シタルトキハ破産財團ニ對シ債務者カ外國法ニ從ヒ獨逸破産法ノ許ササル相殺ヲ其讓受ケタル破産債權ト爲シタルニ因リテ破産財團ニ歸セサリシ數額ヲ賠償スヘキ義務ヲ負フ旨ヲ規定シタリ我現行破産法及ヒ破産法案ニ於テハ斯ル趣旨ノ明文ヲ缺クト雖モ論理解釋上同一ニ論決スヘキモノト思フ蓋シ斯ル債權者ハ斯ル數額ニ付キ惡意ノ受益者ニ外ナラサレハナリ(民法第七〇三條、第七〇四條)

(三)　破産者ニ對スル效力　破産者ニ對スル效力ニ二種アリ破産者ノ財産ニ對スル效力及ヒ其身上ニ對スル效力即チ是ナリ前者ハ破産債權者ノ爲メニ破産財團ヲ保全スルヲ目的トシ又後者ハ破産宣告ノ恐ルヘキ旨ヲ知ラシメ以テ各人ヲシテ成ルヘク破産宣告ヲ受ケサルコトニ豫メ注意セシムルヲ目的トス左ニ之ヲ分説スヘシ

(A)　破産者ノ財産ニ對スル效力　破産宣告ニ依リ破産者ハ當然破産財團ニ屬スル財産ヲ占有シ管理シ及ヒ處分スルノ權利ヲ喪失ス(商法第九八五條第一項、破産法案第一條、第四三條、佛國商法第四四三條、獨逸破産法第六條、白國商法第四四四條、伊國商法第六九九條、墺國破産法第一條、第三條、英國破産法第二〇條等)是レ蓋シ破産ノ目的ヲ達スルカ爲メニハ一面ニ於テハ破産者ノ行爲ニ因リテ債權者ノ平等關係ヲ亂シ又ハ破産財團ヲ減スルノ害毒ヲ避クルカ爲メニ破産者ニ對シ斯ル權能ヲ奪ヒ他ノ一面ニ於テハ清算ノ爲メ一定ノ分界ヲ定メ爾後ノ事情ニ因リ各債權者間ノ關係ニ變動ヲ來スコトナカラシムルヲ要スレハナリ管理及ヒ處分ノ權能ハ破産宣告ノ日ヨリ之ヲ喪失ス元來破産者ノ管理及ヒ處

分ノ權能喪失期ニ關シテハ各國ノ立法例各〻異ナレリ佛國商法(第四四二條)白國商法(第四四二條)ハ破産宣告ノ日ヲ以テ斯ル喪失期トシ獨逸破産法(第一〇八條)ハ破産宣告ノ公告ヲ以テ斯ル喪失期トシ又西國商法(第八七八條)及ヒ千八百七年佛國商法(第四四二條)ハ支拂停止ノ日ヲ以テ斯ル喪失期ト定メタリ我現行破産法ニ於テハ佛法系諸國ノ立法例ニ則リ破産宣告ノ日ヲ以テ管理及ヒ處分ノ權能喪失期ト爲シタルコトハ商法第九百八十五條第一項(破産ノ宣告ニ依リ)及ヒ同第二項(破産宣告ノ日ヨリ)ノ明文ニ徵シ一點ノ疑ナシ是レ破産宣告ノ時ヲ正確ニ定ムルノ困難ヲ避クル實際上ノ便宜ニ基キタルモノナリ而シテ此規定ニ依レハ破産者ト爲シタル取引ハ事實上破産ノ宣告アリタル時期以前タルニ拘ハラス破産ノ宣告ト其日ヲ同シウスルノ結果破産債權者團體ニ對シ當然無效ト爲リ結果カ原因ニ先ツノ奇觀ヲ呈ス之ニ反シテ我破産法案ハ獨逸法系諸國ノ立法例ニ則リ破産宣告ノ時ヲ以テ管理及ヒ處分權喪失ノ期ト爲シ結果カ原因ニ先ツルカ如キ論理ニ反スルノ結果ヲ避ケ破産宣告前ニ成立セシ取引ノ安全ヲ確保シタリ(破産法案第一條、第四三條)前者ハ實際ノ便宜ニ適シ後者ハ嚴正ナル理論ニ適ス立法上ノ見解トシテハ各〻一利一害アルモノナリ支拂停止ノ日ヲ以テ管理及ヒ處分權ノ喪失期ト爲ス立法ハ此日以後ニ於テ破産者ト爲シタル多數ノ行爲ヲ無效ト爲ササルヲ得サルノ結果大ニ取引上ノ安全ヲ害ス又破産宣告ノ公告ヲ以テ管理及ヒ處分權ノ喪失期ト爲ス立法ハ破産者ト取引ヲ爲シタル第三者ヲ保護スルノ效用アリト雖モ理論上破産宣告ノ效力ハ其公告ノ有無ニ關スルモノニ非ス且其公告ナカリシカ爲メニ破産者ト取引ヲ爲シ損害ヲ受ケタル者ハ公告ノ責任者ニ對シ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノ理ナルヲ以テ破産宣告ノ公告ヨリ管理及ヒ處分ノ權能ヲ喪失スル旨ヲ規定スルノ必要ナシ故ニ西國商法及ヒ墺國破産法ノ立法例ハ之ヲ正當ナリト認メ難シ(管理及ヒ處分權ノ喪失期)破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及ヒ處分ノ權利ヲ喪失ス故ニ破産財團ニ屬セサル財産ノ管理及ヒ處分ノ權能ハ破産者之ヲ喪フコトナシ(商法第九八五條第一項……自己ノ財産……)蓋シ斯ル財産ハ破産的差押權ノ目的物ト爲ラサルヲ以テナリ又管理及ヒ處分ノ權利ノ喪失ハ處分無能力

即チ管理及ヒ處分ヲ爲ス權能ヲ喪失スルノ謂ニシテ權利其モノヲ剝奪セラルルニ非ス又行爲無能力即チ禁治產ニ非ス何トナレハ破產ハ前述ノ如ク破產債權者ニ平等ナル辨濟ヲ得セシムルヲ目的トスルヲ以テ破產者ヲシテ破產債權者ト破產財團トノ關係ヲ亂スコト能ハサラシムルヲ以テ足レリトス破產財團ニ損害ヲ及ホスヘキ權利ノ行使ヲ禁スルヲ以テ其目的ヲ遂スルコトヲ得ヘク必スシモ破產者ノ權利ヲ剝奪シ又ハ之ヲ行爲無能力者タラシムルノ必要ナケレハナリ此ノ如ク管理及ヒ處分權ノ喪失ハ權能ノ剝奪即チ權利行使ノ禁止ニシテ權利ノ剝奪ニ非ス故ニ破產者ハ破產財團ノ換價アルマテハ依然破產財團ニ屬スル財產ノ主體ナリ又行爲無能力ニ非ス故ニ破產者ハ破產手續中ト雖モ完全ナル行爲能力者ニシテ契約ヲ取結ヒ手形ヲ振出ス等ノ如キ法律行爲又ハ起訴及ヒ應訴スルカ如キ訴訟行爲ヲ有效ニ爲スコトヲ得唯此等ノ行爲ハ破產債權者團體ヲ害スルコトヲ得サルヲ以テ破產財團ニ對シ何等ノ不利益ナル效力ヲ及ホスコトナク破產者及ヒ其相手方ノ間ニ於テ有效ナルニ止マルノミ(管理及ヒ處分權喪失ノ限界)破產者ハ破產財團ニ屬スル財產ノ管理及ヒ處分ニ關スル權能ヲ法律上當然喪失シ其旨ヲ宣告スルノ必要ナク裁判所ノ意見ヲ以テ其喪失ノ限界ニ制限ヲ加ヘ又ハ之ヲ除去スルコトヲ得ス又破產宣告ノ公告ノ有無ニ關係ナシ何トナレハ若シ然ラスンハ破產財團ノ減少ヲ防止スルノ機ヲ失フニ至ルコトアルヲ以テナリ(商法第九八五條第一項「……破產宣告ニ依リ……權利ヲ失フ」)管理及ヒ處分權喪失ノ方法)

(B) 破產者ノ身上ニ對スル效力　破產者ノ身上ニ對スル效力ハ名譽ト信用トニ基ク公權及ヒ私權其モノノ剝奪ニ非ス故ニ佛國商法ニ在テハ「無能力」(インカパシテー)ト謂ヒ墺國破產法(第二四六條)ニ在リテハ「商人ハ左ニ示ス權利ノ行使ヲ爲スコトヲ得ス」ト規定シタリ斯ル效力ハ其寬嚴ノ區別アリト雖モ諸國ノ破產法ニ於テ是認シタル所ナリ(商法第一〇五四條、商法施行法第一四三條、佛國商法第六〇四條乃至第六四一條、墺國破產法第二四六條以下、英國破產法第三二條以下、獨逸ニ於テモ破產手續中公權ニ關シ破產者ノ權能ヲ制限シタルコトハ「デルンブルヒ」氏ノ「普國私法論」ニ依リ明白ナリ破產法案ニ在リテハ破產者ノ身上ニ對スル效力ハ何レモ他ノ法律ニ規定セル所ナルヲ以テ重テ之カ規定ヲ設ケ

ス又法施行法第百四十三條ハ其必要ナキヲ以テ之ヲ删除セリ)其立法上ノ理由ハ一面ニ於テハ破産宣告ハ破産者ノ名譽ト信用トニ少カラサル瑕瑾ヲ來スヲ以テ特ニ名譽ト信用トニ基ク公私ノ權利行使ヲ停止シ他ノ一面ニ於テハ破産宣告ノ恐ルヘキコトヲ豫知セシメ成ルヘク破産宣告ヲ受クルコトナカラシムルニ在リ而シテ破産者ノ身上ニ對スル效力ノ内容ニ關シテハ商法施行法第百四十三條、破産法案第三百六十三條、民法第九百八條第五號、第九百十六條、第九百四十六條、第千十一條、裁判所構成法第六十六條第三號、辯護士法第五條第四號、市制、町村制第九條、取引所法第十一條、衆議院議員選擧法第十一條、貴族院伯子男爵議員選擧法規則第三條、貴族院令第十條、議院法第七十七條等ヲ參照スヘシ破産者ノ身上ニ對スル效力ハ破産者ノ終身消滅セサルモノト爲スハ破産者ヲ終身失望ノ人ト爲シ立法上其當ヲ得ス寧ロ破産者ヲシテ其債務ヲ完濟シ且其名譽ヲ回復スルコトヲ得セシメ又破産債權者ニ債權ノ完濟ヲ受ケシムルコトヲ立法上正當ナリトス是レ現行破産法及ヒ破産法案ニ於テ佛、白等ノ立法例ニ則リ復權ナル制度ヲ設ケタル所以ナリ(商法施行法第一四三條、復權ヲ得ルニ非

サレハ……)

復權トハ破産ノ宣告ヲ受ケタル債務者カ破産ノ宣告ニ因リテ生シタル身上ニ對スル效力ヲ消滅セシムル唯一ノ方法(Moyen)ナリ斯ル效力ハ他ノ破産宣告ノ效力ト異ニシテ協議契約ニ依ル破産ノ終結(商法第一〇五五條、協議契約ノ關ヒタルト否トヲ問ハス……)又ハ配當ニ依ル破産ノ終結ニ因リテ消滅スルモノニ非ス何トナレハ一旦破産ノ宣告ニ依リテ表明セラレタル特種ノ權利ノ行使ニ關スル不適任ノ狀態(Indignité)ハ其性質上破産ノ終結ト共ニ當然消滅スルモノニ非サレハナリ復權ハ斯ル效力ヲ消滅セシムル唯一ノ方法ナリ是レ復權ヲ以テ身上ニ對スル效力ヲ消滅セシムル唯一ノ方法ナリト云フ所以ナリ左ニ復權ノ要件、手續及ヒ效力ヲ略述スヘシ

(1) 要件　破産ノ宣告ヲ受ケタル債務者カ復權ヲ得ルニハ二箇ノ要件アリ其第一ハ債權ノ元利金及ヒ費用ノ全部ヲ辨償シタル旨又ハ之ト同視スヘキ事實即チ所在不明ノ爲メニ完濟ヲ爲スコト能ハサル債權者ニ全額ヲ辨償スル準備及ヒ資力アル旨ヲ證明スルコト是ナリ(商法第一〇五五條第一項、破産法案第三

五二條佛國商法第六〇四條是レ復權ヲ認ケタル立法上ノ目的即チ破產債權者ニ完濟ヲ受クルコトヲ得セシムルカ爲メノ當然ノ結果ニ外ナラス辨償トハ支拂代物辨濟相殺混同等ノ如キ現實ナル辨濟ニ外ナラス故ニ更改免除及ヒ時效等ニ因ル免責ハ何レモ茲ニ所謂辨償中ニ包含セス是レ蓋シ更改ニ因リテ發生シタル新債務カ現實ニ支拂ハレタルトキニ非サレハ債權ノ辨償ナリト謂フコトヲ得ス又破產者カ何等ノ出捐ヲ爲スコトナク免除時效等ノ原因ニ依リテ容易ニ復權ヲ許スヲ立法上不可ナリト認メタルニ因ル(塊國破產法第二百四十六條ニ於テハ免除ニ依リテモ復權ヲ許スニ足ル旨ヲ規定セリ)然レトモ斯ル規定ハ立法上酷ニ失スルヲ以テ破產法案ニ於テハ修正ヲ加ヘテ「辨濟其他ノ立法ニ依リ」ト規定シ以テ更改免除時效等ニ因ル債務ノ免責亦復權ヲ得ルノ原因ト爲ル旨ヲ規定シタリ辨償スヘキモノハ債權ノ元利金及ヒ費用ノ全部ナリ故ニ破產ノ宣告ニ因リテ生シタル費用、破產宣告前ノ利息及ヒ元金ハ勿論破產宣告後ノ利息及ヒ協議契約ニ依リテ免責ヲ得タル部分ヲモ辨償セサルヘカラス是レ蓋シ斯ル全部ノ辨償ヲ爲スニ非サレハ破產ニ關スル一切ノ痕跡消滅セス隨テ破產者及ヒ破產債權者ノ爲メニ存スル復權ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ由ル其第二ハ法律上復權ヲ許スニ足ルト認メラレタル債務者タルコト是ナリ是ヲ以テ(1)詐欺破產者トシテ有罪ノ判決ヲ受ケタル者ハ復權ヲ受クルコトヲ畧ス蓋シ詐欺破產ハ甚シク信用ト名譽トヲ害シタルヲ以テ復權ヲ許スモ到底其效ナキヲ以テナリ然レトモ終身失望ノ人ト爲スハ立法上其宜キヲ得サルヲ以テ斯ル立法ハ失當タルコトヲ免レス(2)過息破產者トシテ有罪判決ヲ受ケタル者ハ刑ノ滿期ト爲リタルトキ又ハ特赦ヲ得タルトキニ限リ復權ヲ許サル蓋シ過息破產ハ詐欺破產ニ比スレハ破產者ノ信用ト名譽トヲ害スルノ程度少キヲ以テナリ刑期中ニ復權ヲ許スモ其效ナシ是レ刑ノ滿期アリタルトキ又ハ特赦ヲ得タルトキノ制限アル所以ナリ(刑ノ時效アリタルトキ亦復權ヲ許ササルヘカラス現行破產法ニ於テ斯ル趣意ノ明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリ)(3)他ノ重罪又ハ輕罪ノ爲メニ剝奪公權又ハ停止公權ヲ受ケタ其期間中ニ在ル破產者ハ復權ヲ受クルコトヲ得ス蓋シ斯ル期間中ニ在ル破產者ニ復權ヲ許スモ其效ナキヲ以テナリ(商法第一〇五八條、佛國商法第六一二條破產法案ニ於テハ第二ノ

要件タル制限ヲ廢止シ復權ノ許否ヲ裁判所ノ自由ナル意見ニ委シタリ是レ洵ニ正當ナル修正ニシテ現行破産法ノ缺點ヲ除去シタルモノナリ

以上第一及ヒ第二ノ要件ヲ具備シタルトキハ復權ヲ許スニ足ル隨テ破産者カ復權ヲ受クル當時ニ於テ既ニ死亡セルト否トハ法律ノ問ハサル所ナリ是レ復權ハ破産者ノ名譽回復ヲモ其目的トスニ由ル故ニ破産者ノ親族又ハ友人ハ破産者ノ死亡後其利益ノ爲メニ復權ノ申立ヲ爲スコトヲ得(商法第一〇五七條)

破産法案ニ於テハ不必要ナリト認メ斯ル法則ヲ廢止シタリ

(2) 手續　復權ノ申立ハ破産者、其親族及ヒ其友人等カ破産裁判所ニ對シ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲ス但其申立ニハ前述ノ要件完備ノ證據方法ヲ添附スヘシ(商法第一〇五五條第二項、第一〇五六條、民事訴訟法第一三五條、破産法案第三五二條、第三五三條、第三七〇條、商事非訟事件印紙法第三條佛國商法第六〇五條、墺國破産法第二四六條)破産者ノ親族及ヒ其友人ハ破産者ノ意思ニ反シテ復權ノ申立ヲ爲スコトヲ得何トナレハ復權ハ破産者ノ利益ニシテ其損害ト爲ルコトナケレハナリ破産裁判所ニハ復權ノ申立ノ許否ニ付キ最モ適當ナル裁判ヲ爲スノ便益アリ是レ復權ノ申立カ破産裁判所ノ管轄ニ專屬スル所以ナリ復權ニハ破産者、其親族及ヒ其友人ノ申立ヲ必要トシ裁判所職權ヲ以テ之ヲ爲スコトナシ是レ復權ハ直接ニ破産者ノ利益ニ關スルモノナレハナリ

破産裁判所カ復權ノ申立ヲ適法ナリト認メタルトキハ第一〇〇二裁判前手續トシテ一面ニ於テハ復權ノ申立アリタル旨ヲ公告シ其旨ヲ公衆ニ知ラシメ破産債權者其他ノ利害關係人ヲシテ二箇月ノ期間内ニ異議ノ申立ヲ爲サシム(商法第一〇五六條、破産法案第三五六條)現行破産法ニ於テハ公告ノ方法ニ關シ別段ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ裁判所カ復權ノ申立アリタル旨ヲ知ラシムルニ適當ナル方法ト場所トヲ選定シテ公告ヲ爲スモノト謂ハサルヲ得ス破産法案ニ於テハ第百二十條及ヒ第百二十一條ニ依リ公告ヲ爲ス但破産者其他ノ復權申立人ハ異議申立人ニ對シ未濟ノ債務ヲ辨償シ其他異議ノ原因ニ關スル消極的確認ノ訴ヲ提起シテ復權ノ裁判前ニ異議ヲ除去スルコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス又他ノ一面ニ於テハ復權ノ申立ヲ檢事ニ通知シ檢事ヲシテ主トシテ商法第千五十八條ノ要件ノ存スルヲ調査シ且之カ搜査ヲ爲サシム(商法第一〇五六條第一項、

破産法案ニ於テハ現行破産法ニ於ケルカ如クニ特ニ檢事ニ通知スヘキ旨ノ規定ヲ設ケス是レ檢事ハ裁判所構成法第六條ニ依リテ適宜ニ其職務ヲ行フコトヲ得ヘケレハナリ(第二〇〇以上手續完結後檢事ノ意見ヲ聽キ復權ノ許否ニ付キ裁判ヲ爲ス(破産法案第一一〇條參照)而シテ其許可ノ裁判ニ對シテハ異議申立者ヨリ又復權ノ申立棄却ノ裁判ニ對シテハ其申立者ヨリ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得(商法施行法第一四七條、商法施行條例第二四條、破産法案第三五八條、第一一〇條、又破産裁判所ハ復權ノ申立許可ノ決定確定シタルトキハ破産宣告ニ於ケルト同シク之ヲ公告ス(破産法案第三五六條第二項、第三五九條)蓋シ復權ハ破産ノ宣告ヲ受ケタル債務者ノ名譽ヲ回復シ破産宣告ニ因リテ生シタル身上ニ對スル效力ヲ消滅セシムルモノナレハナリ但復權ノ申立棄却ノ決定確定シタル場合ニ於テハ爾後一箇年滿了前ニ復權ノ申立ヲ爲スコトヲ許サス蓋シ屢〻復權ノ申立ヲ爲スニ因リテ生スル煩雜ヲ防止スルニ在リ(商法第一〇五六條、佛國商法第六〇五條乃至第六一一條)破産法案ニ於テハ斯ル制限ヲ認メス何トナレハ這ハ謂レナク復權申立者ノ利益ヲ害スルモノナレハナリ之ニ反シテ復權ノ申立ヲ不適法ナリト認メタルトキハ直チニ之ヲ却下スルコトヲ要ス但破産法案ニ於テハ裁判所ヲシテ一定ノ期間内ニ欠缺ノ補正ヲ命スルコトヲ得セシム是レ民事訴訟法第百九十二條ト其法意ヲ同シウス(破産法案第三五四條、第三七〇條、商事非訟事件印紙法第三條)

(3) 效果　復權許可ノ決定確定シタルトキハ之ニ依リテ破産者ノ身上ニ對スル效力消滅ス(商法第九八一條……假執行ヲ爲スコトヲ得……)ノ反對推理、商法施行法第一四七條、商法施行條例第二五條、民事訴訟法第四六〇條是レ復權ノ目的ヲ達シタル當然ノ結果ナリ破産法案ニ於テハ民事訴訟法ニ於ケルト同シク原則トシテ決定ニ即時ノ執行力ヲ認メタルヲ以テ特ニ第三百五十七條ノ規定ヲ設ケ復權ハ其許可ノ決定確定後ニ非サレハ效力ヲ生セサル旨ヲ明示シタリ蓋シ復權ノ效果ハ頗ル重大ナルヲ以テナリ(破産法案第一〇六條、第一一九條)

(四) 破産者ノ爲シタル行爲ニ關スル效力　破産者ノ爲シタル行爲ニ關スル破産ノ效力ハ之ヲ破産者カ破産宣告前ニ爲シタル行爲ニ關スル破産ノ效力及ヒ破産者カ破産宣告後ニ爲シタル行爲ニ關スル破産ノ效力ニ分類スルコトヲ得

蓋シ破産者ノ行爲ハ破産宣告前ニ爲シタルモノト破産宣告後ニ爲シタルモノトアレハナリ左ニ之ヲ分說スヘシ

(A) 破産者カ破産宣告前ニ於テ爲シタル行爲ニ關スル破産ノ效力　破産者カ破産宣告前ニ於テ爲シタル行爲ハ法律上一定ノ效力ヲ生スヘキ各種ノ意思ノ實行ニシテ破産財團ニ關スルモノナリ破産ノ效力ハ前述ノ如ク破産ノ目的ヲ遂スルカ爲メニ各利害關係人ノ權利ヲ制限スルモノナリ破産者ノ行爲ニシテ破産財團ニ關係ナキモノハ破産ノ目的ニ亦關係ナキヲ以テ破産ノ效力ヲ受クルコトナシ法律上一定ノ效力ヲ生スヘキ破産者ノ各種ノ意思ノ實行カ破産者ノ效力ヲ受ク故ニ破産者ノ法律行爲ハ勿論破産者ノ訴訟行爲モ破産ノ效力ヲ受クルモノナリ左ニ之ヲ分說スヘシ

(1) 破産者ノ法律行爲ノ履行ニ關スル破産ノ效力　破産宣告前ニ於テハ破産者ハ未タ破産財團ニ屬スヘキ財産ノ管理及ヒ處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失セサルヲ以テ破産者カ破産宣告前ニ爲シタル法律行爲ハ原則トシテ破産宣告後尙ホ有效ニ存在スルヲ當然ナリトス然レトモ民法、商法、破産法等ハ例外トシテ破産宣告前ニ成立シタル一定ノ法律行爲ニ付キ破産宣告ノ影響ヲ受ケシメ之ヲ以テ或ハ法律關係消滅ノ原因トシ或ハ特別ノ效力發生ノ原因ト爲シタリ(民法第六八條、第六二一條、第六三一條、第六四二條、第六五三條、第六七九條、商法第六九條、第七四條、第二二一條、第四〇四條、第四〇五條、舊商法第九九三條、第九九四條、破産法案第五九條乃至第六七條、第七三條、獨逸破産法第一七條乃至第二八條左ニ重要ナル法律行爲ノ履行ニ關スル破産ノ效力ヲ略述スヘシ

(甲) 雙務契約ノ履行ニ關スル破産ノ效力　雙務契約ノ當事者ノ一方カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ其宣告ノ當時破産者及ヒ其相手方カ未タ其契約ノ履行ヲ完了セサルトキハ當事者ノ一方ヨリ無賠償ニテ該契約ヲ解除スルコトヲ得(商法第九九三條第一項)元來雙務契約ハ反對給付ノ爲メニ給付ヲ爲スコトヲ目的トスル契約換言スレハ當事者ノ一方ノ爲スヘキ給付ト相對シ且經濟上報酬タルノ契約ニシテ其給付カ同時的履行ヲ要スルト豫告的履行ヲ要スルトヲ問ハサルモノナリ(例ヘハ賣買、交換ノ如キ)故ニ斯ル契約カ破産宣告ノ當時未タ孰レノ一方ヨリモ完全ニ履行セラレサリシトキハ法律上

及ヒ經濟上互ニ關聯シタル二箇ノ債權尙ホ存在ス(此二箇ノ債權ハ其發生原因カ同一ノ契約ニ在ルハ點ニ於テ法律上互ニ關聯シ其目的タル給付カ互ニ對價タルノ點ニ於テ經濟上互ニ關聯ス)此關聯ハ當事者ノ一方ノ財產ニ對シ破產宣告アリタルノ故ヲ以テ破壞セラルルモノニ非ス蓋シ反對ニ論決セハ破產ノ宣告ヲ受ケサル當事者ノ一方ハ自己ニ對シテ破產者カ有スル債權ヲ完全ニ履行シ自己カ破產者ニ對シテ有スル債權ニ付テハ破產債權者トシテ配當額ヲ以テ滿足セサルヲ得サルノ不公平ニシテ且當事者ノ意思ニ反スルノ結果ヲ生スルニ至ルヲ以テナリ又破產ノ宣告ヲ受ケタル當事者ノ一方ハ破產ノ效力トシテ其破產財團ニ屬スル財產ノ管理及ヒ處分ノ權能ヲ喪失スルノ結果自ラ其債務ヲ履行スルコトヲ得サルヤ敢テ疑ナシト雖モ管財人ハ斯ル當事者ニ代リテ法律上有效ニ其債務ヲ履行シ得サルモノニ非ス故ニ破產宣告後ト雖モ雙務契約ヲ有效ニ存續セシメ管財人ヲシテ破產ノ宣告ヲ受ケタル當事者ノ一方ニ代リテ其債務ヲ履行セシムルコトヲ法律上當然ナリトスルニ似タリ然レトモ常ニ必ス斯ル方法ニ依ルヘキモノトセハ管財人ハ

雜報

○抵當權ノ目的ノ競賣ト優先權　一ノ目的ニ付キ數箇ノ抵當權ヲ設定シタル場合ニ於テ第二以下ノ抵當權者カ競賣ノ申請ヲ爲シ之ヲ競賣ニ付シタルトキハ先順位ニ在ル抵當權者ハ競賣代金ニ對スル優先權ヲ喪失スルモノナルカ若シ優先權アリトセハ民法第三百四條ノ規定(民法第三七二條參照)ニ依リ競賣代金ニ付キ差押ノ手續ヲ爲スヘキモノナルカ大審院ハ競賣代金ニ付キ斯ル手續ヲ爲スコトナクシテ優先權アルモノトシテ曰ク「抵當權者ハ其抵當權ノ目的ノ代價ニ就キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有シ若シ同一ノ目的ニ付キ二人以上ノ抵當權者カ存在スルトキハ抵當登記ノ前後ニ依リ其優先ノ順位ヲ定ムヘキモノナルコトハ民法第三百六十九條及同法第三百七十三條ノ規定スル所ナレハ本件ノ如ク第三順位ノ抵當權者タル上告人ノ申請ニ依リ競賣法ニ從ヒ其抵當不動產ヲ競賣ニ付シタル場合ト雖モ第一順位ノ抵當權者タル被上告人ハ其抵當權ヲ行使シテ該競賣代金ニ就キ上告人ニ先チ

ヲ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ喪失スルモノニ非ス此場合ニ於テ被上告人ヲ以テ優先權ヲ有セスト爲スハ先位ノ抵當權ハ後位ノ抵當權者ノ行爲ノ爲ニ消滅シ同抵當權者ヲシテ利益ヲ壟斷セシムルコトヲ認ムルモノニシテ正當ノ論ニ非サルヤ明ケシ競賣法第二條第二項ハ專ラ抵當權ハ其目的カ競賣セラレタルトキハ其目的ノ上ニ行フコトヲ得ス換言セハ競賣人ハ抵當權ノ負擔セサル物權ヲ取消スヘキコトヲ規定シタルモノニシテ本件ノ如キ場合ニ於テ又民法第三百七十二條ニ依リ抵當權ニ準用スヘキ同法第三百四條ノ規定ハ便宜上抵當權者ヲ保護スル爲メニ設ケラレタルモノニシテ抵當權者ハ上告人モ是認スルカ如ク民法第三百六十九條ノ規定スル權利ヲ有スル外尙同法第三百四條ノ規定スル權利ヲ有スルモノナレハ前條ノ規定ヲ以テ論スヘキ事項ニ付テハ後條ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非サルヤ固ヨリ論ヲ俟タス」ト（大審院明治三十七年(オ)第百五十五號不動產競賣代金引渡請求事件明治三十七年四月二十六日第一民事部判決）

○詐害行爲ニ基ク强制執行ニ對スル第三者ノ異議　民事訴訟法第五百四十九條第一項ニハ「第三者カ强制執行ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張シ其他目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張スルトキハ訴ヲ以テ債權者ニ對シ其强制執行ニ對スル異議ヲ主張シ云云」トアリテ强制執行ニ對スル異議ノ訴ハ(1)强制執行ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張スル者又ハ(2)其目的物ノ讓渡ヲ妨止スル權利ヲ有スルコトヲ主張スル者及ヒ(3)其目的物ヲ他人ニ引渡スコトヲ妨止スル權利ヲ有スルコトヲ主張スル者ニ限リ提起スルコトヲ得ルモノノ如ク見エ彼ノ詐害行爲ニ因リ債權者ヲ害セントスル債務者並ニ受益者（又ハ轉得者）ニ對シ其强制執行ヲ妨クル場合（民法第四二四條）ノ如キハ之ヲ含マサルカ如ク解セラレサルニ非ス大審院ハ斯ル解釋ヲ不當ナリトシテ曰ク「原院ノ確定シタル事實ニ據レハ本件上告人ノ主張ハ上告人ハ訴外人梅田覺太郎ノ債權ニ係ル本件係爭ノ不動產ニ抵當權ヲ設定シタル如ク假裝シタリト云フニ在リ抑債務者カ債權者ヲ詐害スル目的ヲ以テ債權ヲ虛構シ之ニ抵當ヲ設定スルカ如キハ債權者ノ共同擔保タル債務者ノ資產中ヨリ虛構ノ債權ニ當ル部分ノ數額ヲ逋脫セシメントスルノ不正手段ニ由ルモノニシテ債務者ト他ノ債權者トノ間ノ事情ヲ知ラサル第三者ハ民法第九十四條第二項ニ依リ此ノ如キ抵當權ノ有效ナル

コトヲ主張シ得可キカ故ニ債權者ハ自己ノ權利保全ノ爲メ假裝ノ抵當ノ取消ヲ求メ之ニ關スル登記ヲ抹消セシム可キ必要アルモノニシテ債權者ノ詐害行爲取消權ニ關スル民法第四百二十四條ノ規定ヲ以上ノ如キ場合ニ適用シ得可キコトハ當院ノ判例トシテ認ムル所ナリ而シテ民法第四百二十四條ノ規定ニ依リ債務者カ爲シタル詐害行爲ノ取消權ヲ有スル債權者ハ債務者及ヒ之ト行爲ヲ爲シタル者(受益者若クハ轉得者間ニ於ケル行爲ヲモ取消シ其行爲ノ目的物ヲシテ債務者ノ財產中ニ復歸セシムルコトヲ得ルモノナルヲ以テ虛構ノ債權ニ基キ其執行トシテ假裝ノ抵當不動產ヲ强制競賣ニ付セントスル者アルニ當リテハ債權者ニ於テ其競賣ヲ妨クルノ權利ヲ有スルコトハ勿論ナル可シ左レハ此場合ニ於テ債權者ハ民事訴訟法第五百四十九條ニ所謂第三者カ强制執行ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張シ其他目的物ノ讓渡ヲ妨クル權利ヲ主張スルトキトアル第三者ニ該當スル故ニ同條ノ規定ニ依リ執行參加即チ第三者異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得可キヤ疑アラサルナリ」ト(大審院明治三十六年(オ)第六百四十四號强制執行ニ對スル異議事件明治三十七年四月二十五日第二民事部判決)

法學志林

第五十七號

六月十五日發行

毎月一回十五日發行

定價一冊拾貳錢　郵稅壹錢

十冊前金郵稅共壹圓貳拾錢

●校友學生校外生ニ限リ特價一冊拾錢郵稅壹錢十冊前金郵稅共壹圓

◎志林

○法人ノ本質ヲ論ス……法學士　松本烝治

○我國法上ニ於ケル物權契約……法學博士　岡松參太郎

○滿洲地方ニ對シ我軍隊ハ軍隊占領ノ權利ヲ完全ニ行使シ得ルヤ否ヤ……法學士　秋山雅之介

○片約單獨行爲ニ就テ(承前)……法學士　杉山直治郎

○國際公法ノ基礎ヲ論シテ戰爭ノ地位ニ及フ……法學士　秋山雅之介

◎纂論

○露國新手形法(上八)……法科大學生　佐竹三吾

○無盡講ノ性質及各講員間ノ法律關係……法學士　横田秀雄

◎解疑

○官吏カ將來ノ職務ニ對スル請託ヲ容レ收賄シタル場合ノ處分……法學士　谷野格

○公用徵收ノ性質……法學士　上杉愼吉

◎判例

○大審院新判決例三十四件

○露國ノ逆振○認知始末書ノ效力○支拂命令申請ノ減少○衆議院議員ノ當選訴訟○敗訴ノ經告○犯ニ關スル新判例○市町村民ノ祝捷會費用ノ負擔ニ付テ○有賀氏俘虜救恤協會ノ設置ヲ促ス○辯護士會長ノ懲戒訴追○東京辯護士會○新法學博士○外交官及ヒ領事官ノ試驗○文官高等試驗委員○判檢事及ヒ辯護士試驗委員○判檢事及ヒ辯護士試驗○梅博士ノ判例批評○法政速成科力氏ノ駁論ニ就テ生徒ノ實業視察○校友茶話會○實業懇話會○明治二十四年同期親睦會○校友異動○校友死亡○寄贈書目

◎雜報

◎記事

發行所　法政大學

法政大學講義錄　三十七年度　第三學年　第二十六號

特別法講義錄

毎月一回發行
月謝金十五錢

第十五號（六月三日發行）

市制町村制　法學士　松浦鎮次郎
現行租税法論（完）　法學士　若槻禮次郎
表紙及ビ目次　四頁
競賣法　法學士　吾孫子勝
著作權法　法學博士　水野錬太郎
公證人規則　法學士　山脇貞夫
○戸籍法（完結）法學士島田鐵吉○人事訴訟手續法（完結）法學士松岡義正○特許法（完結）法學士杉本貞治郎

●一號ヨリ缺本ナシ

六月　法政大學

（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可）
（毎月十四日三日五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行）

明治三十七年六月廿五日印刷
明治三十七年六月廿八日發行
（定價金貳拾錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　荻原敬之

印刷者　東京市牛込區矢來町三番地　小宮山信好

印刷所　東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地　金子活版所

發行所　東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
司法省指定　法政大學
（電話番町百七十四番）